

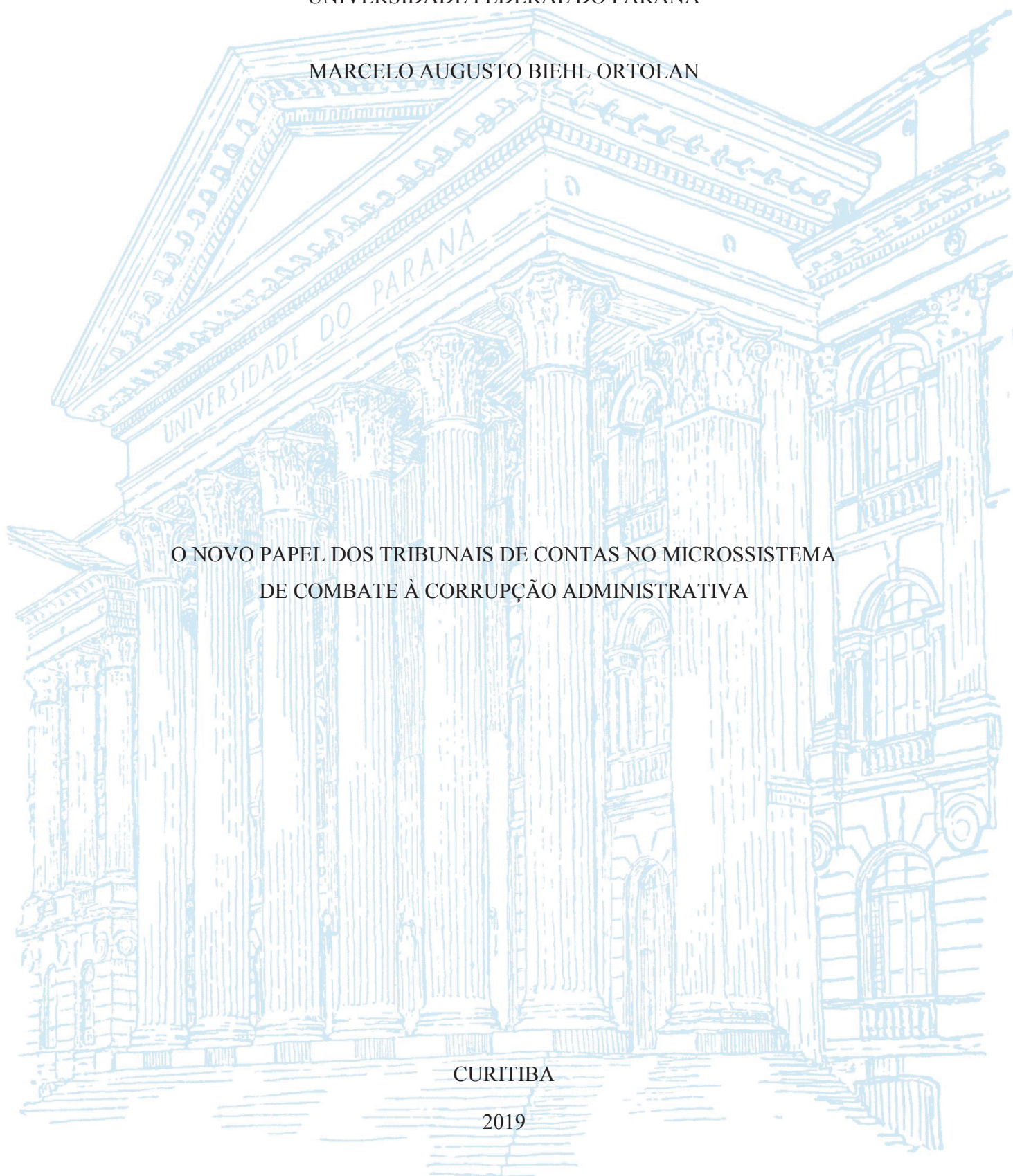
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCELO AUGUSTO BIEHL ORTOLAN

O NOVO PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO MICROSSISTEMA
DE COMBATE À CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA

CURITIBA

2019



MARCELO AUGUSTO BIEHL ORTOLAN

O NOVO PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO MICROSSISTEMA
DE COMBATE À CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA

Tese de Doutorado apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio
Coorientador: Prof. Dr. Rodrigo Kanayama

CURITIBA

2019

O78n

Ortolan, Marcelo Augusto Biehl

O novo papel dos tribunais de contas no microssistema de combate à corrupção administrativa / Marcelo Augusto Biehl Ortolan; orientador: Fabricio Ricardo de Limas Tomio; coorientador: Rodrigo Luís Kanayama. – Curitiba, 2019. 207 p.

Bibliografia: p. 200-207.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Corrupção administrativa. 2. Tribunais de contas.
3. Direito administrativo. I. Tomio, Fabricio Ricardo de Limas.
II. Kanayama, Rodrigo Luís. III. Título.

CDU 35.086

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **MARCELO AUGUSTO BIEHL ORTOLAN** intitulada: **O NOVO PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

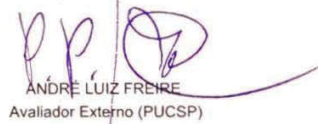
CURITIBA, 29 de Maio de 2019.

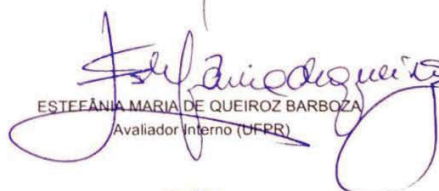

FABRÍCIO RICARDO DE LIMA TOMIO
Presidente da Banca Examinadora


ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO
Avaliador Interno (UFPR)

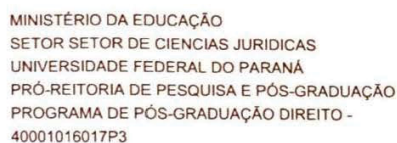

RODRIGO LUÍS KANAYAMA
Avaliador Interno (UFPR)


RODRIGO ROSSI HOROCHOVSKI
Avaliador Externo (UFPR)


ANDRÉ LUIZ FREIRE
Avaliador Externo (PUCSP)


ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA
Avaliador Interno (UFPR)





ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

CURITIBA, 29 de Maio de 2019.

ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA
Avaliador Interno (UFPR)



*Dedico este trabalho aos meus pais,
pelo exemplo de vida.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, e sempre, gratidão à minha esposa e amor da minha vida, Caroline, e aos meus pais, Cleonir e Ida, pelo amor incondicional e pelas eternas lições de perseverança e bondade ao longo de todos esses anos. Nunca haverá palavras suficientes para expressar a admiração, orgulho e o amor que sinto por vocês.

Aos membros das famílias Biehl Ortolan e Ahrens, que juntas são a minha Grande Família. Obrigado pelo apoio incondicional e pelas inúmeras alegrias compartilhadas.

Agradecimentos igualmente especiais aos meus orientadores, Dr. Fabricio Tomio e Dr. Rodrigo Kanayma, pelo exemplo a ser seguido e pela confiança que depositaram em mim. Vocês são os Mestres que me incentivaram a empreender esta jornada e me acompanharam no longo, porém gratificante, caminho do amadurecimento acadêmico. Se vi mais longe é porque me apoiei sobre os ombros de gigantes.

Ao Dr. Ivens, Cinthya e demais colegas do Tribunal de Contas, pela experiência profissional compartilhada, pela compreensão deste momento de intensa dedicação à pesquisa e pelos instigantes debates que conduziram o desfecho desta tese a um repensar acerca do papel dos Tribunais de Contas.

Aos meus estimados amigos e colegas do Direito, especialmente ao Rodrigo, Lucas, Luiz, Igor e Vivian, verdadeiros irmãos que a vida apresentou. Vocês e a minha Caroline me ajudaram em praticamente todos os aspectos necessários para vencer esta jornada de doutoramento e trouxeram a motivação e o incentivo necessário para cruzar a linha de chegada.

A todos vocês, queridos amigos, obrigado por tornarem a vida especial.

“El Derecho Administrativo Sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los Poderes Públicos, que sancionan, expolían y humillan protegidos por la ley ya pretextando de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Este es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho. (...)”

En el subconsciente de los españoles está arraigada ya la idea de una lotería con bolas blancas y bolas negras, cuyos premios y sanciones hay que buscar (o esquivar) con entusiasmo y aceptar con resignación. El ciudadano medio no puede defenderse: en parte se sabe infractor y en parte porque los gastos de la defensa son de ordinario más elevados que la multa. (...)”

Hay, con todo, una clase de ciudadanos que actúa de manera muy diferente. Para los <<poderosos>>, para los grandes empresarios el Derecho Administrativo Sancionador no existe. Salvo excepciones muy raras – y que, por supuesto, nada tiene que ver con el Derecho – sus enormes infracciones son sancionadas con multas proporcionalmente reducidas, que no llegan a frustrar la rentabilidad del negocio fraudulento. Y en todo caso tienen a su servicio profesionales inteligentes que saben colarse entre las grietas y remiendos de esa red imperfecta que se denomina legislación sancionadora.”

(NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4 ed., Madrid: Tecnos, 2006, p. 29; 31)

RESUMO

A tese proposta sustenta que, a partir de um esforço interpretativo, é possível sistematizar e integrar os diferentes regimes jurídicos voltados à *tutela específica da probidade administrativa e do patrimônio público* com base do Direito Administrativo Sancionador existentes nas *esferas administrativa (propriamente dita), controladora (Tribunas de Contas) e judicial (de tutela da probidade administrativa)*, com o objetivo de identificar problemas de sobreposição de instâncias e extrair soluções a partir de sua normatividade sistêmica. A concepção de um Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa conduz a um repensar das relações materiais e processuais entre os tipos ilícitos e sanções administrativas existentes, sobretudo no sentido de sua interdependência. Nesse caminho, defende-se, ao final, o papel proeminente dos Tribunais de Contas na colaboração institucional entre as instâncias sancionatórias e a possibilidade de expansão da utilização dos novos instrumentos de justiça negocial, como o acordo de leniência, para os processos sancionatórios de ilícitos administrativos.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador; Microsistema; Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa; Improbidade Administrativa; Lei Anticorrupção; Acordo de Leniência; Controle Externo; Tribunais de Contas.

ABSTRACT

The proposed thesis maintains that, based on an interpretative effort, it is possible to systematize and integrate the different legal regimes aimed to the protection of administrative probity and public patrimony based on Administrative Sanctioning Law existing in the administrative (actual), controlling (Budget Courts) and judicial branch (law of administrative probity), with the objective of identifying problems of overlapping instances and extracting solutions based on their systemic normativity. The design of a Microsystem for Combating Administrative Corruption leads to a rethinking of the material and procedural relations between illicit conducts and administrative sanctions, especially in the sense of their interdependence. In this way, it is defended, in the end, the prominent role of the Budget Courts in the institutional collaboration between the sanctioning entities and the possibility of expanding the use of the new negotiation justice instruments, such as the leniency agreement, in sanctioning procedures of administrative illicit.

Keywords: *Administrative Law Sanctioning; Microsystem; Anti Corruption Microsystem; Administrative Dishonesty; Anticorruption Law; Leniency Agreement; External Control; Budget Courts.*

RESUMEN

La tesis propone que, a través de un esfuerzo interpretativo, es posible sistematizar e integrar los diferentes regímenes legales dirigidos a la protección específica de la probidad administrativa y la propiedad pública con base en la Ley Administrativa Sancionadora existente en la administración (propiamente dicha), controlando (Tribunales de Cuentas) y judiciales (pleitos de probidad administrativa), a fin de identificar problemas de instancias superpuestas y extraer soluciones de su normatividad sistémica. La concepción de un Microsistema de Combate a la Corrupción Administrativa lleva a repensar las relaciones materiales y procesales entre los tipos ilícitos y las sanciones administrativas existentes, especialmente en el sentido de su interdependencia. De esta forma, se defiende, en última instancia, el papel destacado de los Tribunales de Cuentas en la colaboración institucional entre las instancias sancionadoras y la posibilidad de ampliar el uso de los nuevos instrumentos de negociación de justicia, como el acuerdo de clemencia, para los procesos sancionadores de ilícitos administrativos.

Palabras clave: Derecho Administrativo Sancionador; Microsistema; Microsistema de Combate a la Corrupción Administrativa; Mala conducta administrativa; Ley anticorrupción; Acuerdo de terminación convencional; Control externo; Tribunales de Cuentas.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorgeschlagene These hält fest, dass aus interpretativer Anstrengung, es möglich ist zu systematisieren und zu integrieren die unterschiedlichen rechtlichen Regelungen des Ziel zur Leistung der Verwaltungsrechtlichkeit und öffentlichem Eigentum auf der Grundlage der Ordnungswidrigkeiten an den Verwaltungs- (im eigentlichen Sinne), Kontrollen- (Rechnungshof) und Judikativen-Bereiches (administrativen Ordnungsmäßigkeit) mit dem Ziel, Probleme überlappenden Instanzen zu identifizieren und Lösungen auf der Grundlage ihrer systemischen Normativität zu extrahieren. Der Entwurf eines Mikrosystems zur Bekämpfung von Korruption in der Verwaltung führt zu einem Umdenken der materiellen und verfahrenstechnischen Beziehungen zwischen Tatbeständen und administrative Sanktionen, insbesondere im Sinne ihrer gegenseitigen Abhängigkeit. Auf diesem Weg steht am Ende die herausragende Rolle der Rechnungshöfe in der institutionellen Zusammenarbeit zwischen den Sanktionsbereich und die Möglichkeit, die Erweiterung neuer Instrumente für das consensuale Justiz, für sanktionierenden Verwaltungsverfahren.

Schlüsselwörter: *Verwaltungsrecht Sanktionierung; Anti-Korruptions-Mikrosystem; Administrative Unwahrscheinlichkeit; Antikorruptionsgeschäft; Kronzeugenregelung; Verhaltensänderung oder Management; Rechnungshof.*

SUMÁRIO

RESUMO	8
INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO I – A TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	19
1.1. O surgimento do Direito das Contraordenações.....	19
1.1.1. A doutrina clássica do Direito Penal Administrativo.....	19
1.1.1.1. Do Direito Repressivo de Polícia ao Direito Penal moderno.....	20
1.1.1.2. James Goldschmidt e a Teoria do Direito Penal Administrativo.....	21
1.1.1.3. Eberhard Schmidt e a Teoria dos Delitos de Contraordenação	23
1.1.2. A autonomização do Direito das Contraordenações	24
1.1.2.1. A Lei Penal de Direito Econômico de 1949	24
1.1.2.2. A Lei-Quadro das Contraordenações de 1952-1968	25
1.1.2.3. O debate entre as correntes substantivas, formal e mista.....	26
1.2. A doutrina atual do Direito Administrativo Sancionador	29
1.2.1. Doutrina estrangeira	29
1.2.1.1. Alejandro Nieto	29
1.2.1.2. Marcelo Madureira Prates.....	30
1.2.1.3. Figueiredo Dias	32
1.2.1.4. Nuno Brandão	33
1.2.2. Doutrina nacional	34
1.2.2.1. Regis Fernandes de Oliveira	34
1.2.2.2. Heraldo Garcia Vitta	35
1.2.2.3. Daniel Ferreira	36
1.2.2.4. Fábio Medina Osório	37
1.2.2.5. Rafael Munhoz de Mello	39
1.2.2.6. Alice Voronoff	40
1.3. Modelos de sistemas político-constitucionais punitivos.....	42
1.3.1. Matrizes punitivas contraordenacionais.....	42
1.3.1.1. Alemanha e Espanha	42
1.3.1.2. Portugal.....	44
1.3.2. Matriz punitiva difusa brasileira	47
1.3.2.1. Independência e multiplicidade de instâncias sancionatórias	47
1.3.2.2. Peculiaridades do modelo brasileiro	49
1.4. Direito Administrativo Sancionador e Microssistemas	53
1.4.1. Direito Administrativo Sancionador brasileiro	53
1.4.1.1. A controvérsia na teoria do poder sancionatório administrativo	53
1.4.1.2. Esferas administrativa, judicial e controladora de Direito Administrativo Sancionador	57
1.4.2. Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa.....	60
1.4.2.1. A técnica dos microssistemas como resposta à sobreposição de instâncias.....	60
1.4.2.2. O Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa	63

CAPÍTULO II – O MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA

.....	66
2.1. Atos de autoridade atacáveis por Ação Popular	66
2.1.1. O primeiro instituto da tutela da probidade administrativa	66
2.1.1.1. O surgimento da Ação Popular.....	66
2.1.1.2. A CF/88 e o novo sistema de defesa do patrimônio público	69
2.1.2. Problemas sistêmicos da Ação Popular	71
2.1.2.1. Desvirtuamento do uso e desestabilização institucional.....	71
2.1.2.2. Necessidade de revisão sistêmica do regime jurídico da Ação Popular.....	77
2.2. Atos de Improbidade Administrativa e Lei da Ação Civil Pública	79
2.2.1. A virada da tutela individual para a tutela coletiva	79
2.2.1.1. A inovação trazida pela Lei de Improbidade Administrativa	79
2.2.1.2. O Microsistema de Tutela Coletiva	84
2.2.2. A ação civil pública por ato de improbidade administrativa.....	86
2.2.2.1. A ação de improbidade e a judicialização do Direito Administrativo Sancionador.....	86
2.2.2.2. A base do Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa	88
2.3. Atos de corrupção da Lei Anticorrupção Empresarial	91
2.3.1. A introdução de nova instância de responsabilização ao microsistema	91
2.3.1.1. O marco da responsabilização objetiva de pessoas jurídicas	91
2.3.1.2. Responsabilização mediante processo administrativo ou judicial.....	92
2.3.2. Dupla incidência da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade	93
2.3.2.1. A sobreposição entre atos de corrupção e atos de improbidade	93
2.3.2.2. Responsabilidade objetiva e culpabilidade.....	95

CAPÍTULO III – PONTOS DE INTERDEPENDÊNCIA E DIÁLOGO ENTRE INSTÂNCIAS DE CONTROLE NO MICROSSISTEMA

.....	100
3.1. O regime jurídico do Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa	100
3.1.1. Princípios de Direito Administrativo Sancionador	100
3.1.1.1. Princípios e garantias constitucionais.....	100
3.1.1.2. Princípios e regras específicas do Direito Sancionador.....	102
3.1.2. Normas de interpretação e aplicação da LINDB	103
3.1.2.1. Normas de interpretação e aplicação do Direito Público	103
3.1.2.2. Normas de celebração de acordo.....	105
3.2. Competência para julgamento de processos sancionatórios	106
3.2.1. O debate acerca da extensão da prerrogativa de foro	106
3.2.1.1. Duplo regime sancionatório e o revogado art. 84, § 2º do CPP	106
3.2.1.2. Negativa de extensão de prerrogativa de foro a ações de improbidade	111
3.2.2. Defesa da padronização da competência para julgamento de autoridades em processos sancionatórios judiciais.....	115
3.2.2.1. O critério funcional: no “exercício do mandato” e “em razão da função”	115
3.2.2.2. Foro especial por prerrogativa de função segundo o modelo do mandado de segurança	121
3.3. Sanções administrativas e seu regime de execução	124
3.3.1. Cumulações de sanções administrativas e non bis in idem	124
3.3.1.1. Cumulação de sanções em processos sancionatórios	124
3.3.1.2. Vedação ao bis in idem	126
3.3.2. Momento de execução das sanções administrativas	129

3.3.2.1.	<i>Virada jurisprudencial em favor da possibilidade de execução antecipada de pena após decisão de 2º grau</i>	129
3.3.2.2.	<i>Execução antecipada e provisória de sanções administrativas</i>	131
3.4.	A expansão da justiça negocial em processos sancionatórios	134
3.4.1.	O debate quanto à possibilidade de transação em processos sancionatórios	134
3.4.1.1.	<i>Consensualismo e superação da indisponibilidade do interesse público</i>	134
3.4.1.2.	<i>Inovações legislativas em favor da celebração de acordos</i>	138
3.4.2.	Acordos em ações de improbidade administrativa	140
3.4.2.1.	<i>Vedação à transação nas ações de improbidade administrativa</i>	141
3.4.2.2.	<i>Solução sistêmica em favor dos acordos na improbidade</i>	142

CAPÍTULO IV – O NOVO PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA.....146

4.1.	Atos irregulares fiscalizados pelos Tribunais de Contas	146
4.1.1.	Os poderes sancionatórios dos Tribunais de Contas	146
4.1.1.1.	<i>A natureza jurídica dos Tribunais de Contas e suas decisões</i>	146
4.1.1.2.	<i>Funções e Competências dos Tribunais de Contas</i>	148
4.1.2.	Procedimentos sancionatórios específicos	150
4.1.2.1.	<i>Representações da Lei 8.666/93 e Denúncias</i>	150
4.1.2.2.	<i>Tomadas de Contas</i>	152
4.2.	Aplicabilidade da Lei Anticorrupção pelos Tribunais de Contas Estaduais	155
4.2.1.	Problemas na competência e rito da Lei Anticorrupção Empresarial	155
4.2.1.1.	<i>Competência ampla e pluripotenciária: autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública</i>	155
4.2.1.2.	<i>Limitações das Controladorias Internas dos Estados e Municípios</i>	159
4.2.2.	A primazia dos Tribunais de Contas dos Estados para a aplicação da Lei Anticorrupção às esferas estaduais e municipais	162
4.2.2.1.	<i>Órgão autônomo e independente, com competências próprias, estrutura administrativa, quadro de pessoal próprio e expertise técnica</i>	162
4.2.2.2.	<i>Propostas de alterações legislativas para harmonização das competências dos TCs</i>	165
4.3.	Instrumentos de Justiça Negocial nos Tribunais de Contas	167
4.3.1.	Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção	167
4.3.1.1.	<i>Análise crítica da regulamentação vigente</i>	167
4.3.1.2.	<i>As regulamentações do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP</i>	171
4.3.2.	Aplicação de Acordo de Leniência pelos Tribunais de Contas	173
4.3.2.1.	<i>Conflito de atribuições entre CGU, TCU e Ministério Público</i>	173
4.3.2.2.	<i>Acordos de Leniência celebrados pelos Tribunais de Contas</i>	175

CONCLUSÃO.....180

REFERÊNCIAS.....200

INTRODUÇÃO

De acordo com a interpretação predominante, o art. 37, §4º da Constituição Federal teria consagrado o princípio basilar do Direito Punitivo da independência das esferas penal, civil e administrativa, o que, ao lado de outros dispositivos de distribuição de competências, evidenciam a notória fragmentariedade, assistemática e sobreposição de esferas e instâncias de apuração de sancionamento de ilícitos administrativos.

De fato, em matéria de exercício do poder sancionatório estatal, um mesmo fato ilícito perpassa e repercute efeitos em várias esferas e instâncias de apuração e responsabilização, que não podem mais ser compreendidas de maneira exclusivamente independentes ou estanques, mas antes como sendo interdependentes, de modo que se possa problematizar e enfrentar as incertezas jurídicas decorrentes dessa interconexão.

Por exemplo, um ilícito praticado em processo licitatório pode dar origem a vários processos sancionatórios, tanto administrativos quanto judiciais, e em várias esferas: na esfera administrativa, por meio de ações de fiscalização do Controle Interno e do respectivo Tribunal de Contas, que pode receber denúncia e representações e instaurar processos de tomada de contas; na esfera civil, por ação popular da Lei nº 4.717/1965 ou por ação civil pública por ato de improbidade administrativa da Lei nº 8.429/92; na esfera penal, pela prática de crime da Lei de Licitações ou de crime funcional ou contra a administração pública, a depender do caso; na esfera político-administrativa, ao controle do Legislativo local e, em se tratando de infração prevista no art. 4º do Decreto-Lei nº 201/67 a processo de cassação julgado pela Câmara Municipal; e ainda, agora, após a nova Lei Anticorrupção Empresarial, a processos de responsabilização perante a Controladoria Interna de cada entidade.

Nesse contexto, a presente tese busca lançar luzes sobre o emaranhado de esferas sobrepostas de apuração e sancionamento de atos ilícitos, cujos processos vêm sendo conduzidos, via de regra, de maneira estanque, sem perspectiva de coordenação ou colaboração institucional, causando forte insegurança jurídica.

Este cenário se tornou ainda mais complexo com a introdução de uma nova instância de responsabilização objetiva e com a importação de instrumentos estrangeiros da chamada justiça negocial, como o acordo de colaboração premiada na esfera penal e o acordo de leniência na esfera civil. Esses acordos, a grosso modo, constituem negócios jurídicos que

encerram processos e substituem sanções em troca da colaboração para a apuração de ilícitos e ressarcimento de danos, mas que ainda carecem de uma adequada regulamentação e contam com profunda divergência doutrinária acerca de seus requisitos, cláusulas e efeitos.

Portanto, a antiga noção de independência das instâncias se tornou uma concepção ultrapassada, vez que a interdependência entre os regimes jurídicos, de acordos vem sendo reconhecida na prática. O problema, contudo, decorre do fato de que sua utilização vem ocorrendo de maneira nitidamente casuística, sem qualquer sistematização, a depender da percepção de cada proponente e julgador. Desta forma, chega-se, não raras vezes, a decisões que são contraditórias ou que impõem uma dupla punição pelo mesmo fato, ou até mesmo, que colocam em risco a finalidade e as cláusulas dos acordos, comprometendo a própria dinâmica do sistema de aplicação da justiça.

Ressalte-se que muitas das questões decorrentes da interdependência das esferas sancionatórias são muito novas e sequer as instâncias superiores do Poder Judiciário puderam se pronunciar a respeito da aceitabilidade destas novas práticas, como, por exemplo, a possibilidade de transação no âmbito de ação de improbidade administrativa.

Neste contexto, a hipótese de trabalho da presente tese é a concepção de um microssistema em torno das legislações voltadas à tutela da probidade administrativa e do patrimônio público que reclamam a incidência do Direto Administrativo Sancionador, a fim de estabelecer padrões mínimos de organicidade e dar sistematicidade aos regimes jurídicos dos diplomas legais que possuem a mesma finalidade sancionatória.

A concepção de microssistema específico da tutela da probidade administrativa e do patrimônio público significa a adoção de um método de sistematização harmônica e orgânica de diversos diplomas legais que compartilham de um mesmo fundamento material e finalidade e, assim, exigem a interpretação e aplicação conjunta de seus regimes jurídicos.

Partindo destas premissas, propõe-se a sistematização do Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa, que é composto, no âmbito do direito material e processual administrativo, pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), pela Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), e pelas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas; e, no âmbito processual judicial, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

Estas legislações compõem o núcleo duro ou o centro valorativo do microssistema proposto e estão inter-relacionadas, haja vista que, no âmbito material, compartilham tipos infracionais voltados à tutela da probidade administrativa e do erário público, e, no âmbito processual, estabelecem processos sancionatórios que se sobrepõem indireta e até mesmo diretamente, por meio de remissão expressa de uma legislação à outra, ora possibilitando ou exigindo sua aplicação conjunta, ora excluindo.

A partir da técnica do microssistema promove-se, em seguida, uma interpretação sistemática, teleológica e integrativa desses diplomas legais, com o objetivo de extrair as potencialidades normativas desse microssistema em favor da criação de um ambiente de segurança jurídica mesmo diante da notória sobreposição de instâncias sancionatórias.

Nessa toada, o presente estudo aborda temas relativos à coincidência entre os tipos infracionais previstos; antinomias e contradições entre os diferentes regimes jurídicos; compatibilização entre suas sanções; aplicabilidade de transações e acordos aos processos sancionatórios em superação ao paradigma punitivo clássico da indisponibilidade do interesse público; dentre outros.

Ao final, discute-se o papel proeminente dos Tribunais de Contas na colaboração institucional e aplicação das sanções da nova Lei Anticorrupção.

Objetivos da Tese

A presente tese propõe a concepção de um Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa a partir da sistematização de legislações voltadas à tutela da probidade administrativa e do patrimônio público com base no Direto Administrativo Sancionador. Ao final, revisitando a noção de indisponibilidade do interesse público, propõe-se a aplicabilidade dos novos instrumentos de justiça negocial, como o acordo de leniência, aos processos sancionatórios que tratem de ilícitos administrativos, bem como a primazia dos Tribunais de Contas na colaboração institucional e na aplicação das sanções da nova Lei Anticorrupção.

Plano de Trabalho

Isso posto, passa-se a expor a estrutura da presente tese, que foi dividida em quatro capítulos, cada um deles contendo quatro subtítulos, que são desenvolvidos em subtópicos.

No Capítulo 1 realiza-se uma ampla revisão da literatura acerca do Direito Administrativo Sancionador, perpassando pela doutrina clássica alemã, até as teorias estrangeiras e nacionais mais atuais. Evidencia-se, ainda, a contradição existente entre as teorias da infração e da sanção administrativa e a teoria do poder sancionatório administrativo fundado no Direito Administrativo Sancionador. Ao final, expõe-se as bases e fundamentos do Microsistema de Combate à Corrupção proposto.

No Capítulo 2 são apontadas e trabalhadas a interdependência entre a legislação que compõe o núcleo duro do microsistema, a saber: a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), e as Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas.

No Capítulo 3 discute-se acerca de alguns pontos de interdependência que emergem da concepção sistemática, unitária e integrativa entre os regimes jurídicos das diversas leis que compõem o núcleo duro do microsistema proposto. Abordam-se questões relativas ao regime jurídico do Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa; à competência para julgamento de processos sancionatórios de autoridades; a sobreposição de sanções administrativas e seu modo e momento de aplicação; e a expansão da justiça negocial em processos sancionatórios em superação ao paradigma punitivo clássico da indisponibilidade do interesse público.

O Capítulo 4 trata do papel dos Tribunais de Contas no Microsistema de Combate à Corrupção, ressaltando a possibilidade de aplicação da Lei Anticorrupção e da celebração de acordos de leniência, no âmbito estadual e municipal, por esses órgãos constitucionais independentes no âmbito estadual e municipal, em razão de sua centralidade institucional e diante de suas competências de controle externo e fiscalização de atos e contratos praticados e celebrados com o Poder Público.

Finalmente, encerra-se o trabalho com um apanhado das principais conclusões realizadas no âmbito do Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa.

CAPÍTULO I – A TEORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Neste primeiro capítulo, realiza-se uma revisão da literatura acerca do Direito Administrativo Sancionador, buscando evidenciar a origem e o atual estágio dos debates doutrinários, bem como demonstrar as características dos diferentes modelos político-normativos punitivos. Ao final, propõe-se a edificação de um microssistema com base no Direito Administrativo Sancionador.

Assim, é necessário esclarecer alguns conceitos iniciais.

Essa disciplina tem sua origem na Alemanha, em que atualmente é denominado de *Ordnungswidrigkeiten* e foi traduzido pela doutrina portuguesa como *Direito das Contraordenações*, país em que esse modelo também foi adotado com esta mesma nomenclatura, que, a partir, de então, foi difundida.

O termo Direito Administrativo Sancionador, no entanto, foi introduzido em nossa literatura através da clássica obra homônima de Fábio Medina Osório, que o importou da doutrina espanhola, em que essa disciplina é denominada de *Derecho Administrativo Sancionador*.

No sistema punitivo brasileiro, a disciplina do Direito Administrativo Sancionador se distingue dos modelos estrangeiros e designa as várias instâncias de controle que apuram infrações e aplicam sanções com base no Direito Administrativo material e formal, englobando assim, não só o âmbito do exercício do poder de polícia, mas todo o exercício do poder sancionatório administrativo, ainda que não titularizado por uma autoridade administrativa, conforme adiante se demonstra.

1.1. O surgimento do Direito das Contraordenações

1.1.1. A doutrina clássica do Direito Penal Administrativo

As sanções administrativas encontram suas origens nas Monarquias Absolutas do século XVIII, que se estruturaram como “Estados de Polícia”, nos quais o *ius puniendi* era centralizado na figura do Monarca, em decorrência do exercício do poder de polícia. Neste contexto, a sanção administrativa era concebida como uma ferramenta para conseguir o cumprimento das regras criadas pela Administração do Estado.

1.1.1.1. Do Direito Repressivo de Polícia ao Direito Penal moderno

Nos primórdios do século XVIII, o termo *polícia* designava o total da atividade pública interna, salvo a Justiça e as Finanças. Este momento coincide com o chamado Estado de Polícia, em que a regra era o livre exercício dos direitos individuais, de modo que a atividade de polícia, e sua consequente interferência na liberdade e na propriedade, era a exceção, e só poderia ser exercida para assegurar a ordem pública.

Nesse ponto, é interessante observar como o conceito clássico de polícia administrativa correspondia essencialmente ao de *polícia de ordem*, voltada a garantir a segurança, a moralidade e a salubridade, conforme se pode depreender da doutrina da época.

Para a doutrina francesa (Rolland, Waline e Hauriou), a polícia era um serviço administrativo essencial. Seu objetivo era manter a ordem e a salubridade, cujo fim limitava a liberdade individual em favor da paz social. A atuação de polícia poderia ser preventiva ou repressiva, caracterizando-se por ter a execução coercitiva à sua disposição.

Para a doutrina italiana (D'Alessio, Santi Romano e Zanolini), a polícia era uma atividade administrativa que tinha por objeto a prevenção de danos sociais que pudessem advir da atividade privada, limitando-os coativamente se necessário. Também se sustentava a distinção entre normas restritivas positivas e negativas, sendo que as últimas definiriam e delimitariam a liberdade com caráter operativo (no sentido de que o titular do direito não poderia ultrapassar a limitação administrativa sem violar o direito).

Por sua vez, para a doutrina alemã (Mayer e Merkl), entendia-se que toda atividade administrativa estaria sujeita aos princípios do regime de direito do Estado Constitucional. Contudo, Otto Mayer defendia que a polícia consistiria na ação da autoridade para fazer cumprir o dever geral e implícito de assegurar a boa ordem da coisa pública, não necessitando de fundamento legal. Portanto, para esse autor, o poder de polícia supunha a existência de um

poder discricionário implícito para interferir na vida privada, não estando restringido pelo princípio da legalidade administrativa.

Foi Adolf Merkl que teorizou que a polícia era uma *função administrativa* da atividade imperativa estatal, que deve sempre ter sua origem na lei e, portanto, estar sob o império da legalidade. Também defendeu que as leis de polícia deveriam ter por conteúdo a segurança, a moralidade e a salubridade, e deixar ao administrador uma margem de discricionariedade de escolha.¹

Finalmente, no final do séc. XIX, Paul Johann Anselm von Feuerbach lançou as bases dogmáticas do Direito Penal moderno e, conseqüentemente, de sua distinção do Direito Repressivo de Polícia, ao ter desenvolvido os fundamentos do que hoje se entende por Teoria do Delito e por Teoria da Pena que estruturam a Parte Geral do Direito Penal como disciplina autônoma,² razão pela qual se atribui a este autor a paternidade do debate teórico acerca do tema.

1.1.1.2. *James Goldschmidt e a Teoria do Direito Penal Administrativo*

Na sequência, no início do séc. XIX, e dando um passo adiante na autonomização do ramo do Direito das Contraordenações (aqui mais conhecido como Direito Administrativo Sancionador), surge James Goldschmidt que, na célebre obra denominada “*Direito Penal Administrativo*” (*Das Verwaltungsstrafrecht* - 1902),³ buscou estabelecer uma distinção entre o Direito Penal de Justiça (*Justizstrafrecht*) e o Direito Penal Administrativo (*Verwaltungsstrafrecht*).

A tese de Goldschmidt tem seu fundamento na separação que propõe entre Direito (*Recht*) e Administração (*Verwaltung*). Para o autor, este binômio (Direito-Administração) se distingue tanto quanto aos seus meios, quanto aos seus *fins*. Enquanto a finalidade do *Direito* seria a proteção dos bens jurídicos mediante normas jurídicas, a finalidade da *Administração*

¹ MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Revista de Derecho. Privado, 1935.

² FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Revision der Gundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliches Rechts**. 2. Vol., Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1799/1800.

³ GOLDSCHMIDT, James. **Das Verwaltungsstrafrecht**: Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902.

seria a persecução do bem público através de uma ação constante, sendo que os cidadãos seriam “órgãos auxiliares”.⁴

Na esfera penal, o indivíduo, enquanto portador de vontade, pode ofender a esfera de poder de outro portador de vontade e, assim, praticar uma ofensa a um bem jurídico, que pode ser qualificada como dano emergente (*danus emergens*). Isso, porém, não pode ocorrer no âmbito administrativo, haja vista que a finalidade da administração é a busca do bem-estar (o que é um objetivo e não um resultado acabado), de modo que a infração do indivíduo a essas prescrições somente poderá caracterizar um lucro cessante (*lucrum cessans*).⁵

O autor, portanto, insere em sua distinção um critério/dimensão material, a de bem jurídico, de modo que apenas as normas do direito penal de justiça estariam voltadas à proteção de bens jurídicos, que representariam um “momento ético” de uma determinada comunidade, que, conseqüentemente, pode ser variável.

De acordo com Goldschmidt, em termos substanciais, o exercício do poder penal administrativo não representa uma realização da justiça, nem contende com a esfera jurídica do visado, não sendo nada mais do que uma atividade administrativa que consiste na reprimenda de um órgão auxiliar.⁶

Assim, a pena, em seu sentido autêntico, corresponderia apenas à “reação penal do direito”, vale dizer, à resposta da Justiça Penal ao ato ilícito (crime) praticado pelo indivíduo. A pena se consubstanciaria “na ofensa de um bem jurídico do criminoso como reação à ofensa do bem jurídico a ele imputável”.⁷ Por oposição, a “reação penal da administração” configuraria tão somente uma manifestação do poder de coerção da administração, vale dizer, uma reprimenda administrativa de um órgão auxiliar, de gravidade inferior.

Em suma, para Goldschmidt, enquanto o Direito Penal de Justiça trataria de violações de deveres ético-jurídicos materializados em normas penais, o Direito Penal Administrativo trataria de meras desobediências à ordem administrativa, valendo ressaltar, contudo, que a distinção não pressupõe uma separação estanque, mas, antes, um processo de

⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Das Verwaltungsstrafrecht**..., p. 529-532.

⁵ GOLDSCHMIDT, J. Obra citada, p. 543.

⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts**. GA, 1904, p. 86.

⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts**..., p. 88.

intercomunicabilidade (*Abschichtungsprozess*) entre estas duas esferas, a depender do “momento ético” da comunidade.

1.1.1.3. Eberhard Schmidt e a Teoria dos Delitos de Contraordenação

Após a Segunda Guerra Mundial, surge Eberhard Schmidt, que se destaca neste debate teórico com a publicação do estudo intitulado “*O problema do Direito Penal Econômico*” (*Probleme des Wirtschaftsstrafrechts* - 1949), em que buscou apontar os problemas do Direito Penal Econômico e seu uso pelo regime nazista, tendo desenvolvido a Teoria dos Delitos de Contraordenação.⁸

Apesar de tomar por base a teoria do Direito Penal Administrativo de Goldschmidt e de Wolf,⁹ Eberhard Schmidt é mais assertivo na definição do critério material distintivo entre delito de justiça (*Justizdelikt*), referente a uma ofensa a bens jurídicos, e o delito administrativo ou contraordenação (*Verwaltungsdelikt*), relativo à desobediência do cidadão à Administração.

O critério material utilizado por Eberhard Schmidt para definir o âmbito do Direito Penal Econômico, legitimando a intervenção penal, seria o bem jurídico da *economia relevante*, consubstanciado no interesse material vital do Estado na configuração e funcionamento da economia nacional e na adequada participação dos cidadãos no âmbito profissional e de consumo.

Por sua vez, o âmbito do Direito das Contraordenações se limitaria à garantia da esfera dos *interesses e bens administrativos*, relativo às intervenções estatais na esfera econômica para regular as relações entre os órgãos administrativos e os particulares e destes entre si (como a proteção da propriedade, do patrimônio, do cumprimento dos contratos, dentre outros), que são igualmente vistos como órgãos auxiliares daqueles.¹⁰

Portanto, Eberhard Schmidt propõe uma distinção qualitativa, uma vez que a lesão de bens jurídicos da *economia relevante* configuraria um tipo penal que demandaria uma pena

⁸ SCHMIDT, Eberhard. **Probleme des Wirtschaftsstrafrechts**. SJZ, 1948, cols. 225-236.

⁹ WOLF, Erik. Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, in: A. Hegler. **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**, vol. II, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, p. 516 e ss.

¹⁰ SCHMIDT, Eberhard. **Probleme des Wirtschaftsstrafrechts...**, p. 230.; SCHMIDT, Eberhard. **Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht**: Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1950, p. 47.

criminal, enquanto que a lesão a *interesses e bens administrativos* configuraria uma infração que suscitaria uma sanção administrativa. Na mesma linha, apenas a pena criminal poderia ser qualificada pelas funções reeducativa ou de ressocialização, enquanto que a multa configuraria uma exortação ao dever ao cidadão desobediente, para que retorne à ordem e desempenhe seu papel de órgão auxiliar da administração.¹¹

1.1.2. A autonomização do Direito das Contraordenações

Foi com base nestas ideias e concepções que, após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de eliminar as chamadas “penas de ordem” (*Ordnungsstrafen*) amplamente utilizadas pela Administração autocrática nazista para perseguir cidadãos, foram propostas significativas mudanças no ordenamento jurídico alemão, que culminaram na aprovação da Lei Penal da Economia (*Wirtschaftsstrafgesetz - WStG*) e da Lei-Quadro das Contraordenações (*Ordnungswidrigkeitengesetz - OwiG*).

1.1.2.1. A Lei Penal de Direito Econômico de 1949

Assim, o denominado Direito das Contraordenações (*Ordnungswidrigkeitenrecht*) teve sua gênese na Alemanha Ocidental do pós-guerra com a publicação da Lei do Direito Penal Econômico (*Wirtschaftsstrafgesetz - WStG*) em 1949, que foi elaborada por uma comissão presidida por Eberhard Schmidt.

Sua principal finalidade político-criminal foi libertar o Direito Penal Econômico do totalitarismo do período nazista, que ficou marcado pela tomada de assalto da esfera da jurisdição criminal pela administração.

Nesse contexto, a Lei do Direito Penal Econômico teve o grande mérito de esvaziar as categorias de ilícito de polícia, ilícito penal-administrativo e contravenções penais, cujo conteúdo passou a ser recepcionado e regulado não mais pelo Direito Penal, mas antes pelo Direito Administrativo Sancionador. Também criou um novo tipo de infração, a

¹¹ SCHMIDT, Eberhard. *Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht...*, p. 27.

contraordenação (*Ordnungswidrigkeit*), estabelecendo como sanção uma sanção pecuniária, a multa/coima (*Geldbuße*), que seria o sucedâneo da “pena de ordem” a que se pôs fim.

Interessante ainda ressaltar que foram previstas três espécies de ilícitos. Primeiro, foram tipificados os crimes econômicos (*Wirtschaftsstraftaten* - §§ 1 e 5); Segundo, foram previstas as contraordenações (*Ordnungswidrigkeiten* - §§ 23 e 24); Terceiro, haviam também tipos de natureza mista ou ambivalente (*Zuwiderhandlungen* - §§ 7 e 21) que, a depender da fórmula do § 6º, poderiam tipificar um crime ou uma contraordenação. Tratava-se da positivação do conceito já exposto de Eberhard Schmidt, pelo qual haveria um crime econômico quando a conduta lesasse um interesse vital do Estado na configuração e funcionamento da economia nacional ou, por exclusão, uma infração administrativa.

A referida lei foi o protótipo normativo da regulamentação do Direito Administrativo Sancionador, mas a marcha do processo legislativo optou por adotar um sistema de contraordenações diferente do modelo proposto por Eberhard Schmidt ou do ilícito administrativo previsto por Goldschmidt.

1.1.2.2. A Lei-Quadro das Contraordenações de 1952-1968

Assim, veja-se que, logo na sequência, em 1952, foi promulgada a Lei-Quadro das Contraordenações (*Ordnungswidrigkeitengesetz – OWiG*), que solidificou as bases da teoria da separação entre as esferas penal (da Justiça) e administrativa (da Administração) e segue em vigor até os dias de hoje, tendo passado por várias reformas para aperfeiçoar o Direito Administrativo Sancionador.

Ao contrário da Lei do Direito Penal Econômico de 1949, a Lei-Quadro das Contraordenações de 1952 não limitou seu campo de atuação ao Direito Econômico, mas visou criar um quadro normativo substantivo e adjetivo a partir do qual se poderia criar infrações administrativas específicas (tipos contraordenacionais), de modo que não foram tipificadas quaisquer infrações.

Outrossim, a Lei-Quadro não incluiu qualquer fórmula de distinção material entre crimes e contraordenações, a exemplo da referida fórmula de Schmidt constante no § 6 da Lei de 1949. Ao contrário, a Lei-Quadro adotou um critério estritamente formal para fundamentar essa distinção, baseado no tipo de sanção cominada, tendo igualmente deixado de prever a possibilidade de existência dos tipos mistos (*Zuwiderhandlungen*).

Assim o §1 da Lei-Quadro estabeleceu o seguinte critério de natureza formal para qualificar um fato como infração administrativa (contraordenação): “1. Sendo uma conduta ameaçada exclusivamente com uma coima, então trata-se de uma contraordenação. 2. Sendo uma conduta ameaçada exclusivamente com uma pena, então trata-se de um tipo penal”.

Neste contexto, Eberhard Schmidt pronunciou-se reconhecendo que a opção do legislador alemão evidenciou um abandono das concepções exclusivamente materiais (qualitativas) quanto à diferença entre crimes e sanções, em favor de uma concepção formal (quantitativa) em que a determinação do tipo de ilícito pode ser entregue em grande medida ao legislador,¹² que, por exemplo, na Alemanha, optou por substituir as chamadas *contravenções penais* por infrações administrativas (contraordenações).

Finalmente, deve-se ressaltar que o Tribunal Constitucional Federal alemão relativizou o critério, uma vez que afirmou a existência de um domínio de bens jurídicos de dignidade penal (“*Strafwürdigkeit*”), que somente poderiam ser tutelados pelo Direito Penal (em clara alusão ao critério material), bem como sustentou que determinadas infrações contraordenacionais só são concretizadas em função da sua gravidade (remetendo a um critério formal).

Como resultado, o critério misto qualitativo-quantitativo foi legalmente adotado mediante a revisão da Lei-Geral de Quadros ocorrida em 1968 e reafirmado pela jurisprudência posterior do Tribunal Constitucional, notadamente mediante o Acórdão de 21-06-1977 (*BVerfGE* 45, 272), que consolidou o entendimento quanto à existência de dois extremos de exclusão, um referente ao núcleo essencial de bens jurídicos do Direito Penal, e outro a infrações de menor relevância pertencentes ao Direito das Contraordenações, além de uma zona cinzenta de convergência entre os dois domínios.

1.1.2.3. *O debate entre as correntes substantivas, formal e mista*

O início da doutrina do Direito Administrativo Sancionador remete à discussão de sua separação do Direito Penal. Conforme visto, o poder administrativo sancionador se fundou inicialmente na categoria de ilícitos administrativos a serem punidos pela própria

¹² SCHMIDT, Eberhard. *Schriftum zum neuen Ordnungswidrigkeitenrecht*. JZ, 1969, p. 401.

Administração, que inicialmente diziam respeito puramente às infrações aos interesses público-administrativos de menor gravidade.

Porém, com a expansão das funções administrativas no Estado Social, a Administração passou a tutelar ilícitos sociais que antes eram repreendidos pelo Direito Penal, com a difusão do entendimento de que a este último deveria ser reservado à defesa dos bens jurídicos mais relevantes e à cominação da pena mais severa, a privação da liberdade.

Assim, o surgimento e a diferenciação do Direito Contraordenacional sempre estiveram acompanhados do debate acerca da natureza dos ilícitos e sanções administrativas, notadamente pela divergência daqueles que, por um lado, defendiam a adoção de uma concepção material (qualitativa) e, por outro lado, uma concepção formal (quantitativa), sendo que, modernamente, a posição majoritária acabou convergindo para a adoção de uma concepção mista (qualitativa-quantitativa).

Historicamente, travou-se intenso debate doutrinário a respeito da distinção entre ilícito penal (crime) e ilícito administrativo, podendo ser destacadas duas correntes clássicas: a substantiva (qualitativa) e a formal (quantitativa).

A corrente substantiva - defendida por Goldschmidt,¹³ Wolf,¹⁴ Schmidt,¹⁵ Mattes,¹⁶ dentre outros - baseia-se em uma diferença substancial, sustentando de modo geral que o ilícito penal descreveria uma conduta contrária aos interesses mais relevantes da sociedade, enquanto que o ilícito administrativo teria por objeto uma conduta contrária a interesses meramente administrativos, ligados ao bom funcionamento da Administração Pública. Há reconhecida divergência acerca do critério substantivo (natureza do interesse estatal visado; relevância ético-social do bem jurídico tutelado; gravidade da sanção; etc), porém as teorias têm o seu ponto comum na utilização de um critério material.

¹³ GOLDSCHMIDT, James. **Das Verwaltungsstrafrecht...**, p.584.

¹⁴ WOLF, Erik. **Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem ...**, p. 516-588.

¹⁵ SCHMIDT, Eberhard. **Probleme des Wirtschaftsstrafrechts...**, p. 227.

¹⁶ MATTES, Heinz. **Problemas de derecho penal administrativo: história y derecho comparado**. Madrid: Edersa, 1979.

Por sua vez, a *corrente formal* – defendida por Merkl,¹⁷ García de Enterría e Fernández,¹⁸ dentre outros – sustenta não haver diferença material ou qualitativa entre um ilícito administrativo e um ilícito penal, por envolver a utilização de um critério metajurídico. A definição de cada tipo de ilícito depende unicamente do juízo político do legislador, do que decorrerá a consequente sanção administrativa ou penal. Assim, o que as apartaria seria única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção. Estas teorias, contudo, também sofreram críticas severas por significarem uma adesão exacerbada ao formalismo jurídico de neutralidade axiológica.

Ocorre que, com a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito no séc. XX, os bens administrativos também passaram a ser bens jurídicos que poderiam remeter a um dano socialmente relevante, de modo que as infrações contraordenacionais também passaram a estar vinculadas à proteção de bens jurídicos, inclusive de bens jurídicos personalíssimos, como, por exemplo, aqueles voltados à proteção da vida, da saúde, e não apenas à propriedade ou ao patrimônio.

Essas mudanças foram acompanhadas pela doutrina e pela jurisprudência, de modo que atualmente predomina a *corrente mista substantiva-formal (qualitativa-quantitativa)*, que busca a convergência destas teorias. A concepção é em parte substantiva/qualitativa porque, por um lado, defende a existência de um núcleo essencial de fatos que, por sua natureza, são indisputadamente penais, só podendo ser objeto de tutela penal. Por outro lado, também é parte *formal/quantitativa*, porque também defende a avaliação do grau de gravidade do fato, no sentido que as infrações contraordenacionais seriam aquelas condutas de baixo conteúdo ilícito, ou seja, ilícitos de pequena monta.

As divergências doutrinárias, contudo, ainda estão longe de serem solucionadas, uma vez que os autores ainda disputam acerca da fonte dos fundamentos do critério material, se, por exemplo, estaria no quadro de valores jurídico-constitucional ou no conjunto de valores ético-sociais e, internamente, em quais deles. Bem assim, acerca de qual o critério formal que deve ser utilizado para a avaliação do grau de gravidade da conduta, resultado, consequência social, entre outros.

¹⁷ MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo...**, p. 58.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 5 ed., vol II, 1997, p. 159.

Apesar disso, deve-se salientar que a consolidação de um Direito das Contraordenações ou de um Direito Administrativo Sancionatório serve a três grandes propósitos, quais sejam: o desafogamento do sistema judicial penal mediante a descriminalização; a celeridade mediante a simplificação e unificação dos ritos processuais; e a imposição de sanções efetivas aos infratores, notadamente sanções de multas pecuniárias e outras sanções restritivas de direitos.

1.2. A doutrina atual do Direito Administrativo Sancionador

A seguir, investiga-se os estudos dos principais autores da doutrina espanhola, portuguesa e brasileira, destacando-se seus pontos de vista e ideias acerca do debate do Direito Administrativo Sancionador.

1.2.1. Doutrina estrangeira

1.2.1.1. Alejandro Nieto

A obra “Direito Administrativo Sancionador” (originalmente publicada em 1993 seguida de várias republicações) de Alejandro Nieto, catedrático de Direito Administrativo da Universidade Complutense de Madrid, constitui uma das obras pioneiras na sistematização de um regime jurídico de Direito Administrativo Sancionador.

O objetivo de Nieto era recuperar o atraso doutrinário mais que centenário em que se encontra o Direito Administrativo Sancionador em face ao Direito Penal. A sua tese é de que um núcleo principiológico orientador do exercício do poder administrativo sancionador deve ser elaborado com institutos e técnicas próprias do Direito Administrativo, sob a base da Constituição e do Direito Público estatal, e não a partir de uma transposição automática de princípios do Direito Penal.

Segundo o autor, o Direito Administrativo Sancionador toma de empréstimo os instrumentos que lhe proporciona o Direito Penal simplesmente porque lhes são úteis por causa de seu amadurecimento e de sua superioridade teórica. Já não se discutem se os princípios

penais devem ou não ser aplicados, mas sim quais os princípios e em que amplitude se aplicam aos processos administrativos sancionadores.¹⁹

Por outro lado, isso não quer dizer que haverá uma aplicação direta de dispositivos de legislações penais e de processo penal, o que somente ocorrerá em situações excepcionais. De acordo com o catedrático espanhol, “(...) as normas de Direito Penal unicamente poderão ser aplicadas ao Direito Administrativo Sancionador nos seguintes casos excepcionais: a) analogia *in bonam partem*; b) declaração expressa de complementariedade; e c) remissão expressa da norma administrativa.”²⁰

Sem pretender resumir seu livro, saliente-se que Alejandro Nieto elabora uma verdadeira Parte Geral do Direito Administrativo Sancionador, no qual discorre acerca da história e de questões gerais sobre a substantividade do Direito Administrativo Sancionador, bem como desenvolve e uma Teoria do Poder Sancionatório, reforçando questões referentes aos princípios (i) da legalidade, (ii) da reserva legal, (iii) das proibições de *bis in idem* e analogia *in peius*, (iv) da irretroatividade de normas sancionadoras desfavoráveis, (v) da culpabilidade e (vi) da prescrição.

1.2.1.2. Marcelo Madureira Prates

Na obra “*Sanção administrativa geral*” (2005),²¹ resultado de estudo de mestrado na Universidade de Coimbra, o brasileiro Marcelo Madureira Prates busca delinear a anatomia e a autonomia da sanção administrativa (geral), por meios de dois aspectos essenciais desta sanção: o sancionador e o administrativo.

Assim, elencou seis tentativas frustradas de distinção entre sanções administrativas e penais: 1) *sujeito passivo da sanção*: que propõe que enquanto qualquer cidadão pode ser afetado por uma sanção penal, apenas administrados poderiam sofrer uma sanção administrativa; 2) *finalidade da sanção (preventivo-repressivo)*: que defende que a função administrativa seria eminentemente preventiva, enquanto que a função penal estaria ligada à repressão; 3) *gravidade da sanção*: as sanções de maior gravidade seriam consideradas penais,

¹⁹ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4 ed., Madrid: Tecnos, 2005, p. 132.

²⁰ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**..., p. 166.

²¹ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

e as de menor gravidade como sanções administrativas; 4) *valores éticos-sociais tutelados*: quanto mais próxima uma sanção estivesse da defesa do equilíbrio social, a preservação da sociedade e a ordem social, a sanção seria de natureza penal, ou, no sentido inverso, administrativa; 5) *natureza dos ilícitos*: a sanção penal decorreria apenas de delitos essencialmente ilícitos, enquanto que as infrações administrativas seriam artificiais ou de criação política, consideradas ilícitas pela pura vontade do legislador; 6) *espécie da sanção aplicável*: as sanções pecuniárias (coima ou multa) também poderiam ocorrer na esfera administrativa, enquanto que apenas a esfera penal ensejaria a aplicação de penas restritivas de direito e de privação de liberdade.

Diante disso, o autor passa a afirmar a necessidade do uso de mais de um critério para distinção entre as sanções administrativas e penais, propondo o uso conjunto de três elementos, a saber: (i) *orgânico*: a sanção penal acaba sendo de exclusividade dos Tribunais, não sendo a Administração capaz de impor sanções penais; (ii) *simbólico*: a sanção penal é impregnada de reprovação ético-jurídica, em função da gravidade das condutas e da qualidade dos bens jurídicos, o que ocorre em “menor intensidade” no domínio administrativo sancionador; e (iii) *objetivo*: a sanção penal busca a proteção de bens jurídicos individuais e concretos, enquanto que a sanção administrativa visa a defesa de interesses difusos.²²

Apesar disso, o próprio autor reconhece a fragilidade do conceito, especialmente no que tange aos critérios simbólico e objetivo, uma vez que se inserem em uma zona cinzenta e se relacionam com os debates acerca do Direito Penal Secundário, voltado à proteção de bens jurídicos no plano econômico, social, cultural e outros de natureza supraindividual. Vale dizer, ainda que fossem considerados os três elementos, a garantia de que se estivesse diante de uma “sanção administrativa” ainda não seria plena.

Na sequência, Prates propõe o conceito de que a “sanção administrativa é a medida punitiva prevista em ato normativo, que pode ser aplicada diretamente pela Administração no âmbito das suas relações jurídicas gerais, a quem, sem justificação, deixe de cumprir um dever administrativo certo e determinado normativamente imposto.”²³ E afirma que optou por restringir o conceito para separá-la de sanções aplicadas pelas autoridades administrativas nas

²² PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral...**, p.140-141.

²³ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral...**, p.54.

suas relações especiais: (i) a sanção administrativa disciplinar; (ii) a sanção administrativa contratual; e (iii) a sanção administrativa setorial.

No que diz respeito ao presente estudo, deve-se ressaltar que, para o autor, a *sanção contraordenacional* situa-se exatamente entre a sanção penal e a sanção administrativa propriamente dita, misturando elementos de uma e de outra, porém sem com elas se identificar absolutamente. Isso porque, no sistema português, a entrada de sanções contraordenacionais na ordem jurídica se deu ao sacrifício de sanções administrativas existentes, apesar de com elas poderem coexistir. Ademais, a sanção contraordenacional portuguesa manifesta-se exclusivamente como sanção pecuniária, sob o nome de coima (multa). Nesse sentido, as sanções administrativas coexistiriam enquanto “sanções acessórias”, concernentes às sanções restritivas de direito aplicáveis.²⁴

1.2.1.3. *Figueiredo Dias*

Jorge de Figueiredo Dias, catedrático de Direito Penal da Universidade de Coimbra, e considerado por muitos o pai do *Código Penal português*, também foi um importante autor sobre o Direito das Contraordenações.

De acordo com o autor, o Direito das Contraordenações não é filho ou herdeiro de um Direito Penal Administrativo já falecido, mas sim um limite negativo ao Direito Penal, que evoluiu e ressurgiu hoje renovado sob a face do Direito Penal Secundário, voltado à proteção de bens jurídicos no plano econômico, social, cultural e outros de natureza supraindividual.

Figueiredo Dias aderiu à teoria qualitativa fundada no critério diferenciador do desvalor ético-social ao sustentar que o Direito Penal é inquestionavelmente um direito de proteção de bens jurídicos como princípio jurídico-constitucional, de modo que o Direito Penal deve limitar-se à proteção das condutas gravemente perturbadoras da ordem social, que “tenham uma séria ressonância ética, não devendo a punição de tais condutas ser vista num puro plano sociológico, mas antes ético-jurídico”.²⁵ De modo contrário, o Direito Contraordenacional não se prestaria à função de tutela de bens jurídicos.

²⁴ PRATES, M. Obra citada, p.148-149.

²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. *in*: **XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa**: Colóquio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 31-46.

Assim, propõe que a distinção em relação ao Direito Contraordenacional deveria se assentar em três níveis: dogmático, sancionatório e processual. No plano *dogmático*, o Direito Contraordenacional seria um direito sancionatório subsidiário ao Direito Penal. No plano *punitivo*, enquanto a sanção do Direito Penal corresponde a uma pena, no Direito Contraordenacional se trata de uma coima (multa), que possui caráter exclusivamente patrimonial, não havendo possibilidade de conversão da sanção em pena de prisão. Finalmente, no plano *processual*, o processamento e aplicação das coimas caberia às autoridades administrativas.²⁶

1.2.1.4. Nuno Brandão

De modo diverso, Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão, na obra “*Crimes e Contra-ordenações*” (2016),²⁷ defendeu que os bens jurídico-penais são os mesmíssimos bens jurídicos susceptíveis de receber proteção do Direito Contraordenacional. Essa convergência material entre a natureza do *facto penal* e do *facto contra-ordenacional* decorreria diretamente da ascensão do paradigma do Estado Garantidor.

Nessa linha, Brandão argumenta que ambos têm natureza exclusivamente sancionatória; ambos são constitucionalmente concebidos como instrumentos ao serviço da tutela de bens jusfundamentais, susceptíveis de utilização para cumprimento do dever estadual de proteção de direitos fundamentais e através dele adquirindo, *prima facie*, a sua legitimidade material; e ambos são tendencialmente mobilizáveis como meio de reação sancionatória pública, quer a lesões, quer a colocações em perigo de bens jurídicos fundamentais.²⁸

Assim, a tutela de bens jurídicos dotados de dignidade constitucional jusfundamental de modo algum constitui um monopólio do Direito Penal, de modo que o Direito das Contraordenações não só pode, como deve atuar em prol da direta e imediata tutela de bens jurídicos fundamentais.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Para uma dogmática do direito penal secundário**: Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. RLJ, 116.º ano, 1983-1984, n.º 3714 e ss., pp. 263-267.

²⁷ BRANDÃO, Nuno. **Crimes e contra-ordenações**: da cisão à convergência material. 1. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

²⁸ BRANDÃO, Nuno. **Crimes e contra-ordenações**..., p.565.

Com base nisso, defende a tese da efetividade da tutela como critério reitor e limitador do legislador quanto às decisões legislativas penais e contraordenacionais, a fim de preservar a natureza de *ultima ratio* do Direito Penal.

O conteúdo da distinção deve ser baseado: *a)* na definição dos termos em que devem ser tomadas as decisões legislativas de escolha entre uma solução penal ou contraordenacional para tutela de certo bem jurídico em face de determinada ofensa que o possa ameaçar, *b)* na conformação normativa dos regimes constitucionais e legais aplicáveis ao direito contraordenacional, *c)* na densificação pela doutrina da dogmática do direito das contraordenações (princípios fundamentais, parte geral e parte especial, processo contraordenacional, *etc.*), e *d)* na sua realização concreta pela administração e pela jurisprudência mediante aplicação do direito de mera ordenação social vigente.²⁹

1.2.2. *Doutrina nacional*

1.2.2.1. *Regis Fernandes de Oliveira*

Um dos primeiros ensaístas sobre o tema, Regis Fernandes de Oliveira, no livro “*Infrações e sanções administrativas*” (1985),³⁰ sustentou a inexistência de diferença essencial ou ontológica entre ilícitos e sanções administrativas e penais, haja vista que o conceito de antijuridicidade é comum aos diversos ramos do direito, pertencendo à teoria geral do direito.

A seu ver, o legislador qualifica os comportamentos humanos através de critérios políticos, sociais, valorativos, religiosos, econômicos, etc., e atribui uma consequência jurídica dependendo da maior ou menor repulsa do ordenamento jurídico à ação ou omissão antijurídica. Nesse contexto, ao jurista não importa a análise da substância do ato, mas a constatação do regime jurídico atribuído ao ato praticado, sua específica eficácia jurídica, bem como o meio posto à disposição do Estado para aplicação das punições previstas em lei.³¹

Em suma, Regis Fernandes de Oliveira iniciou o debate específico sobre o tema na doutrina brasileira e assentou a premissa de que não há diferença ontológica entre os ilícitos e

²⁹ BRANDÃO, Nuno. Obra citada, p. 608 e ss.

³⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: RT, 1985. Republicado: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

³¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**... p. 25-26.

sanções administrativas e penais, que se diferenciam apenas pelo regime jurídico previsto e pelo órgão que impõe a sanção.

Finalmente, faz-se relevante destacar a proposta do autor de classificação das sanções administrativas quanto às suas diferentes finalidades. Haveriam *sanções decorrentes do exercício do poder de polícia* (“penas de polícia”), com finalidade meramente punitiva; *sanções disciplinares*, com finalidade de manutenção e reintegração das condições de ordem em uma relação de autoridade; e *sanções fiscais*, com natureza ressarcitória (restituição de valores) ou punitiva (multas e semelhantes).³²

1.2.2.2. *Heraldo Garcia Vitta*

Na mesma linha, Heraldo Garcia Vitta no livro “*A sanção no direito brasileiro*” (2003),³³ defendeu que, ontologicamente, os ilícitos penal, administrativo e civil são iguais, pois fazem parte de um mesmo conceito lógico jurídico de validade universal: os ilícitos jurídicos. Assim, não haveria distinção de natureza, mas de grau, à medida da maior intensidade do valor de uma ou outra, a critério do legislador, que poderá capitular a conduta como crime, como ilícito administrativo ou ainda como os dois.³⁴

De acordo com o autor, o ilícito administrativo pode ser conceituado como “o descumprimento de dever (conduta contrária ao comando da norma), pelo destinatário da norma jurídica, cuja sanção possa ser imposta por autoridade administrativa (no exercício da função administrativa), em virtude do ordenamento jurídico conferir-lhe tal competência.”³⁵ Porém, só haverá ilícito administrativo quando caracterizado o dolo ou a culpa.

Assim, o critério de identificação do tipo de ilícito jurídico seria a análise da autoridade competente para impor a respectiva penalidade, o que definiria o regime jurídico aplicável.

³² OLIVEIRA, R. Obra citada. p. 92-93.

³³ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

³⁴ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo...**, p.30-34.

³⁵ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo...**, p.35.

1.2.2.3. Daniel Ferreira

Partindo igualmente do pressuposto da inexistência de diferença ontológica entre os ilícitos, Daniel Ferreira, em um primeiro momento, na obra “*Sanções Administrativas*” (2001),³⁶ também baseou a distinção entre ilícitos penal e administrativo no critério formal e de simples *lógica-jurídica* decorrente da opção do legislador quanto ao antecedente, crime ou infração, e ao consequente, pena ou sanção administrativa.

De acordo com o autor, a sanção administrativa conceitua-se como “a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser ordinária e vinculadamente imposta no exercício da função administrativa, em virtude da incursão de alguém em um comportamento previsto normativamente como reprovável.”³⁷

Contudo, em um segundo momento, na obra “*Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*” (2010),³⁸ propôs extrair um conceito analítico e estratificado a partir da Constituição da República, considerando não apenas a feição *lógica-jurídica*, mas também *jurídico-positiva*, dos delitos e das infrações administrativas.

Nesse caminho, Daniel Ferreira sustenta que o ilícito pode ser conceituado sob quatro enfoques: legal, material, formal e analítico. Estes dois últimos seriam de maior utilidade, uma vez que o *critério formal* seria essencial para distinguir o crime da infração administrativa, enquanto o *critério analítico* serviria de base para a construção da Teoria Geral da Infração, não podendo ser descartado, contudo, o *critério material*, que seria o referencial adequado para tratar do aspecto objetivo da tipicidade do ato ilícito.

Diante disso, conceituou a infração administrativa, do ponto de vista *analítico-formal e estratificado* (visto que dividido em camadas ou elementos), como o “comportamento, típico, antijurídico e reprovável que enseja a aplicação, no exercício de função administrativa, de uma sanção de mesma ordem.”³⁹ A partir disso, buscou desenvolver uma Teoria Geral da Infração destrinchando seus quatro elementos: comportamento (conduta), tipicidade, antijuridicidade e reprovabilidade.

³⁶ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

³⁷ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas...**, p.54.

³⁸ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³⁹ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa...**, p.231.

No que concerne ao presente estudo, interessa expor a classificação de sanção administrativa proposta com base na natureza da restrição de direitos. Na classificação de Daniel Ferreira, as sanções administrativas podem ser *restritivas da liberdade* (de prisão); *restritivas de atividades* (de pessoa humana ou jurídica), como a de suspensão temporária do direito de licitar (e contratar) com a Administração Pública; *restritivas do patrimônio moral*, são aquelas constitutivas de admoestações ao infrator, como as de censura ao advogado; e *restritivas do patrimônio econômico*, como as de natureza pecuniária (multas) e similares (ex. inutilização de bens).⁴⁰

Nessa ordem de ideias, defende que o ato de improbidade administrativa não pode se confundir com a infração administrativa, porque o âmbito de análise da conduta e da imposição da sanção em cada caso é diverso: para aquele, o judicial; para este, o administrativo.⁴¹

1.2.2.4. Fábio Medina Osório

Divergindo dos autores previamente citados, Fábio Medina Osório, com forte influência da doutrina do direito administrativo sancionatório espanhol, defendeu na obra “*Direito Administrativo Sancionador*” (2000)⁴² que o ilícito administrativo há de ser conceituado a partir do campo de incidência do Direito Administrativo formal e material.

De acordo com autor, a sanção administrativa pode ser definida “como um mal ou castigo, porque dela tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.”⁴³

Assim, a sanção administrativa não se confundiria com: i) medidas de polícia, destinada a delimitar os contornos para o exercício legítimo de direitos; ii) medidas

⁴⁰ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**..., p.75-80.

⁴¹ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa**..., p.191-194.

⁴² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁴³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**..., p.107.

ressarcitórias de atos ou contratos administrativos, destinadas à repressão de descumprimentos; iii) medidas de ressarcimento ao erário, voltadas à reparação de danos ao erário (mas não à punição); iv) medidas preventivas, destinadas a evitar a produção de ilícitos; e v) medidas de responsabilidade de gestão, aplicáveis à verificação da regularidade de resultados e de deveres funcionais específicos.

Portanto, desde sua obra inicial sobre o assunto, Fábio Medina Osório contrariava a doutrina dominante nacional ao defender que “não configura, portanto, elemento indissociável da sanção administrativa a figura da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo direito administrativo.”⁴⁴

Assim, se a Administração Pública, no exercício de função administrativa, apurar e sancionar um ilícito, este será certamente um ilícito administrativo. Isso, porém, não retira a natureza jurídica de ilícito administrativo de condutas sancionadas pelo Judiciário, como os atos de improbidade administrativa, haja vista que se submetem à incidência do Direito Administrativo formal e material.

Esta foi a ideia desenvolvida na obra “*Teoria da Improbidade Administrativa*” (2010),⁴⁵ em contradição às teses que classificam, em seu entender, de modo equivocado, o ato de improbidade administrativa como um ilícito civil ou um ilícito “*sui generis*”. Nesse passo, defende ser indispensável que o intérprete saiba trabalhar o ilícito da improbidade administrativa com as diferenças e cores do Direito Administrativo.

De acordo com a conceito analítico do autor, o ato de improbidade administrativa seria: a) uma categoria ético-normativa ligada à ideia de honra institucional, no marco de uma moralidade institucional republicana; b) consubstanciada em uma de várias categorias de má gestão pública (por ação ou omissão, culpa ou dolo, dano ao erário, etc.); c) que exige a violação de regras legais e princípios constitucionais que orientam o desenvolvimento da gestão e das

⁴⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Obra citada, p. 62.

⁴⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

funções públicas; d) e se perfectibiliza a partir de normas sancionadoras em branco que as integram.⁴⁶

1.2.2.5. *Rafael Munhoz de Mello*

Na mesma linha, Rafael Munhoz de Mello na obra “*Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*” (2007),⁴⁷ analisou as diferentes correntes de diferenciação entre ilícitos administrativos e penais e concluiu que ambas padeceriam do mesmo mal: sustentam uma distinção com base em um critério metajurídico, sem fundamento no direito positivo.

De acordo com o autor, atualmente são irrelevantes os debates entre as correntes qualitativas, que propõem que a diferença seja fundada na diversidade dos interesses tutelados, e as correntes quantitativas, que propõem que o critério seja a gravidade da conduta delituosa, uma vez que, em ambos os casos, a diferença seria estabelecida com base no comportamento praticado pelo infrator, sem qualquer vinculação com o ordenamento jurídico, de modo que o legislador poderia simplesmente dispor de forma diversa.⁴⁸

Por consequência, assim como os demais autores, distinguiu os ilícitos administrativos dos crimes apenas pelo critério formal, tendo conceituado a *sanção administrativa* como a medida afliitiva imposta pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito no exercício dessa função administrativa.

De acordo com o autor, identificar a sanção administrativa com elementos metajurídicos (como, por exemplo, valores protegidos pelo Direito Administrativo) significaria retornar às ultrapassadas concepções qualitativas do ilícito administrativo, que pretendiam identificá-lo pela natureza da atividade.

Em suma, a seu ver, um ilícito é administrativo porque a ele é atribuída uma sanção administrativa, disciplinada por um regime jurídico próprio: o regime jurídico administrativo, elemento formal que identifica a função administrativa.

⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**..., p.46-65.

⁴⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1998. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁴⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**..., p. 57-58.

Em seguida, desenvolve a tese dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, uma vez que são corolários do princípio do Estado de Direito e se constituem em “decisões políticas estruturais do Estado”, na conceituação de Luís Roberto Barroso, de modo que esses princípios do regime jurídico punitivo incidem sobre toda a ordem jurídica.

Na lição de Rafael Munhoz de Mello, os princípios do regime jurídico punitivo inerentes e aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionatório seriam: (i) a *legalidade administrativa*, que exige a previsão do ilícito e da sanção em lei formal; (ii) a *tipicidade*, que exige a tipificação do ilícito e da sanção aplicável; (iii) a *irretroatividade da lei mais gravosa*, permitindo-se, ao revés, a retroatividade da lei mais benigna; (iv) a *proporcionalidade*, do qual decorre o princípio do *non bis in idem*, vedando o sancionamento de um mesmo fato por sanções de mesma natureza ou a imposição de sanções permanentes ou desproporcionalmente gravosas; (v) a *culpabilidade*, que demanda a comprovação do elemento subjetivo da conduta do acusado, qual seja, o dolo ou culpa; (vi) o *devido processo legal*, conformado pelas garantias de contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, publicidade, motivação, autoridade administrativa natural, duplo grau administrativo, presunção de inocência e prescrição.⁴⁹

1.2.2.6. Alice Voronoff

De acordo com Alice Voronoff, na obra “*Direito Administrativo Sancionador no Brasil*” (2018), a literatura majoritária acerca do Direito Administrativo Sancionador incorre em um raciocínio circular: “Diz-se que a sanção é administrativa porque o legislador definiu o seu regime jurídico como de direito administrativo; e porque o regime jurídico é de direito administrativo, diz-se que a sanção é administrativa”.⁵⁰ Isso levaria a soluções teóricas e práticas insuficientemente fundamentadas, contraditórias e até arbitrárias.

Diante disso a autora propõe uma abordagem de justificação, interpretação e aplicação do Direito Administrativo Sancionador que tome por base as seguintes premissas teóricas: a) que a sanção administrativa não é um fim em si mesmo, mas um instrumento administrativo; b) que a sanção administrativa não atua preponderantemente para fins

⁴⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador...**, p. 109-254.

⁵⁰ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.79.

retributivos, mas se volta sobretudo à finalidade de conformação da conduta dos particulares com vista ao alcance de objetivos de interesse público; c) que a sanção administrativa é aplicada segundo um *modus operandi* próprio conduzido por um corpo orgânico específico (a Administração Pública), diferentemente do Poder Judiciário; d) que as preocupações pragmáticas em torno da eficácia e da efetividade das sanções administrativas não superam, mas devem ser conciliadas às preocupações em torno das garantias dos administrados; e) finalmente, ao contrário do pensamento jurídico majoritário, não é o regime jurídico que define a natureza administrativa da sanção, mas são as características específicas, o papel e os fins peculiares associados ao direito administrativo sancionador e seus instrumentos que definem o regime jurídico neste campo.⁵¹

Em outros termos, Alice Voronoff defende que primeiro é necessário o reconhecimento do caráter *instrumental* e das particularidades *funcionais* e *finalísticas* do Direito Administrativo Sancionador, para somente então construir o conteúdo do regime jurídico de cada modelo sancionatório, sempre iluminado pelos imperativos de justificação, interpretação e aplicação.

Adiante, no que tange à transposição de garantias penais ao direito administrativo sancionador, destaca que o caráter inerentemente mais gravoso da atividade sancionatória atrai a incidência qualificada dos princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica. Por essas razões, justifica-se no direito administrativo sancionador a invocação de um padrão de legalidade mais exigente do que aquele reconhecido ao Direito Administrativo em geral, ainda que mais flexível que aquele do Direito Penal.

Em síntese, defende a existência de uma reserva de lei *relativa e material* (e não formal) no que tange à definição de infrações e sanções administrativas, voltada a proibir que a Administração atue *de lege ferenda*. É necessário, contudo, que a lei formal ao menos autorize a Administração para o exercício da competência regulamentar (habilitação legal explícita) e estabeleça diretrizes mínimas (remissão legal suficiente) que permitam que seja investigada para uma melhor justificação, interpretação e aplicação.⁵²

Nessa linha, Voronoff defende que a motivação das decisões em matéria sancionatória deve se sujeitar a um discurso de *justificação, interpretação e aplicação*, como a

⁵¹ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil...**, p.79-80.

⁵² VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil...**, p.286-289.

densificação de normas processuais associadas ao devido processo legal adjetivos, mas não apenas isso, de modo a abarcar também a modelagem de instituições, formas de otimização da aplicação de recursos, a construção de estratégias sancionatórias, tipos de incentivos passíveis de serem criados, critérios de decisão, esclarecimentos conceituais, entre outros.⁵³

1.3. Modelos de sistemas político-constitucionais punitivos

A resposta conceitual-político-normativa adotada por cada país quanto à distinção entre as esferas do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador teve grande influência para a configuração de seus respectivos sistemas punitivos, conforme se passa a investigar.

1.3.1. Matrizes punitivas contraordenacionais

1.3.1.1. Alemanha e Espanha

Na Alemanha do pós-guerra, buscou-se subtrair das mãos da Administração, notadamente após o governo autoritário nazista, a faculdade de criar ilícitos e ao mesmo tempo aplicar sanções. Como resultado, foi o país que, pela primeira vez, positivou as denominadas contraordenações (*Ordnungswidrigkeiten*), inicialmente pela Lei Penal da Economia (*Wirtschaftsstrafgesetz*, 1949) e, posteriormente, em 1952, pela Lei das Contraordenações (*Ordnungswidrigkeitengesetz – OWiG*), atualizada em 1968.

O §1 da *OWiG* (Lei-Quadro das Contraordenações) considera como contraordenações as infrações sancionadas com penas pecuniárias de natureza administrativa (*Geldbuße*), o que confere um grande poder de conformação das infrações ao legislador. É oportuno lembrar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*BVerG*) também considera a existência de um âmbito nuclear e privativo do Direito Penal (*Kernbereich*), que é insuscetível de ser regulado por contraordenações, estabelecendo uma fronteira com base em um critério misto quantitativo-qualitativo.

⁵³ VORONOFF, Alice. Obra citada, p.325.

Em suma, na Alemanha desenvolveu-se um sistema punitivo fortemente embasado no Direito Penal, e um sistema de controle judicial da atuação administrativa, razão pela qual hoje se promove o caminho inverso para se buscar soluções e se acentuar o desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador.⁵⁴

Frise-se, por fim, que o modelo alemão do Direito das Contraordenações (*Ordnungswidrigkeiten*) representou uma forma de diminuição do sistema criminal, pois: a) adota um processo simplificado pelo princípio da oportunidade; b) dispensa a atuação do Ministério Público (a não ser que a contraordenação também configura um delito, caso em que este preponderará); c) inexistência de uma fase prévia de instrução; d) dispensa a presença do arguido; e) simplifica as formalidades do interrogatório; e f) reduz os atos do procedimento ao mínimo necessário.

De modo diverso, na Espanha sempre se acentuou a teoria da unidade do *ius puniendi* estatal, o que levou ao rápido desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador, e exigiu o desenvolvimento de uma teoria das infrações administrativas que reduzisse as diferenças entre o Direito Penal e o Administrativo Sancionador.⁵⁵

Por essa razão, a própria Constituição espanhola de 1978 trouxe uma série de garantias que limitam a atuação do poder sancionatório da Administração, como, por exemplo, a exigência de obediência aos princípios da legalidade e da tipicidade (art. 9º, nº 3 e art. 25º, nº 1), o princípio da irretroatividade das normas sancionadoras desfavoráveis e impossibilidade de aplicação por parte das autoridades administrativas de qualquer espécie de sanção privativa de liberdade (art. 25º, nº 3).

No âmbito infraconstitucional, o diploma fundamental do Direito Administrativo Sancionador corresponde à Lei nº 30/1992, que trata do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*).

⁵⁴ A necessidade da superação da tentativa de aproximação do Direito Penal ao Direito Administrativo para reconhecer a singularidade de um “Direito da Intervenção”, na nomenclatura de Hassamer, que é pautada na lógica de despenalização de delitos em favor da restrição de sua repressão à esfera administrativa, mais adequada e menos onerosa. (HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal: Actualidad Penal. Madrid, nº 43/22 de 1993. in: **Processo penal e direitos fundamentais**. Revista Del Rey jurídica, Ano, nº 16, 2006).

⁵⁵ HUERGO LORA, Alejandro. **Las Sanciones Administrativas**. 1 ed., Editorial Iustel: Madrid, 2007, p. 53.

Merecem especial destaque os arts. 127 a 133 da Lei nº 30/1992, nos quais são previstos os Princípios do Poder Sancionatório, quais sejam: (1) legalidade; (2) irretroatividade de disposições sancionadoras desfavoráveis; (3) tipicidade das infrações e sanções administrativas; (4) responsabilização; (5) proporcionalidade; (6) prescrição; (7) concurso de sanções.

No âmbito processual, a lei estabelece os Princípios Gerais do Procedimento Administrativo Comum, a saber: publicidade; oficialidade; contraditório e ampla defesa; direito à informação; direito à participação do processo administrativo; flexibilidade do procedimento; simplificação dos trâmites e economia processual. A estes se acrescem os Princípios do Procedimento Sancionador, previstos nos arts. 134 a 138: garantia de procedimento; direitos do suposto responsável (direito de não se auto incriminar, o direito de ser informado da acusação, o direito de realizar uma defesa em que se exerçam os mais variados tipos de provas admitidos, e demais direitos de todos os cidadãos previstos no art. 35); medidas de caráter cautelar; presunção de inocência; e decisão de encerramento do processo.

Na sequência, o Título X (arts. 139 a 146) trata da responsabilidade das Administrações Públicas, de suas autoridades e demais pessoas a seu serviço, além da responsabilidade concorrente de particulares e colaboradores.

Importante salientar que esse diploma não trouxe qualquer definição do que seria uma contraordenação, o que suscitou diversas críticas, e teve de ser solucionado pelo Tribunal Constitucional espanhol mediante o Acórdão nº 132/2001.

1.3.1.2. Portugal

No direito português, o Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO) foi instituído pelo Decreto-Lei nº 433/82, elaborado pelo Ministro Eduardo Correia, que lhe atribuiu o caráter de Lei-Quadro à semelhança do modelo alemão. Esse diploma foi revisto quatro vezes, sendo que a última atualização foi feita pela Lei nº 109/2001.

Nesse mesmo momento, o *ilícito de mera ordenação social* também ganhou *status* constitucional mediante a revisão promovida pela Lei Constitucional nº 1/82, tendo sido expressamente referida em seus art. 168º, alínea *d*;⁵⁶ art. 229º, alínea *m*;⁵⁷ e art. 282º, nº 3.⁵⁸

O diploma tinha aplicação imediata e nítido propósito descriminalizador, porque estabelecia que eram “equiparáveis às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias” e que ao mesmo regime podiam ser submetidos os casos indicados na lei.

O Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO) do Decreto-Lei nº 433/82 foi baseado no modelo alemão. De acordo com Nuno Brandão,⁵⁹ no plano material, o fato contraordenacional foi concebido como distinto do fato penal e que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima (arts. 1º e 2º);⁶⁰ admitiu-se a responsabilidade das pessoas jurídicas (art. 7º);⁶¹ exigiu-se o elemento subjetivo do dolo para punição ou, em casos previstos em lei, a negligência (art. 8º);⁶² a sanção contraordenacional principal, a coima (multa), foi definida como sanção exclusivamente pecuniária (art. 17º),⁶³ porém, ao contrário da sanção análoga

⁵⁶ Art. 168º. 1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo: (...) d) Regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo;

⁵⁷ Art. 229º. As regiões autónomas são pessoas colectivas de direito público e têm os seguintes poderes, a definir nos respectivos estatutos: (...) m) Definir actos ilícitos de mera ordenação social e respectivas sanções, sem prejuízo do disposto na alínea d) do artigo 168.º;

⁵⁸ Art. 282º. (...) 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

⁵⁹ BRANDÃO, Nuno. **Crimes e contra-ordenações...**, p.179.

⁶⁰ Art. 1º. Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima.

Art. 2º. Só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática.

⁶¹ Art. 7º. 1 - As coimas podem aplicar-se tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas, bem como às associações sem personalidade jurídica. 2 - As pessoas colectivas ou equiparadas serão responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções.

⁶² Art. 8º. 1- Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.

⁶³ Art. 17º. 1 - Se o contrário não resultar de lei, o montante mínimo da coima aplicável às pessoas singulares é de (euro) 3,74 e o máximo de (euro) 3740,98.

alemã, seria insusceptível de dar lugar a qualquer forma de privação da liberdade em caso de não pagamento (art. 89º).⁶⁴

No plano processual, o mesmo autor destaca que a competência de primeiro grau para a instrução e decisão sobre a prática de uma contraordenação, incluindo naturalmente o poder sancionatório, foi confiada às autoridades administrativas (art. 33º),⁶⁵ não sob o princípio da oportunidade, como na Alemanha, mas da legalidade da promoção processual (art. 43º);⁶⁶ ficando, em caso de condenação, sempre ressalvada a possibilidade de impugnação judicial, em regra para um tribunal da jurisdição comum (art. 61º),⁶⁷ cuja sentença poderia, em certos casos, admitir ainda recurso (art. 73º).⁶⁸

Outrossim, destaque-se que, por disposição expressa dos art. 32º⁶⁹ e 41º⁷⁰ do RGCO, o direito subsidiário a ser aplicado, em tudo que não for contrário àquela lei, será o Código Penal e o Código de Processo Penal. Recentemente, foi aprovado o *Novo Código de Procedimento Administrativo* português (Decreto-Lei nº 4/2015), que, contudo, não trouxe qualquer disposição sobre sua aplicação subsidiária ao Regime Contra-Ordenacional, o que, à primeira vista, conduziria à conclusão de que este não seria aplicável ao RGCO.

Contudo, discorrendo sobre a questão, Licínio Lopes Martins sustenta que, apesar de decepcionante, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tratou de inúmeros casos em que se deu preferência à aplicação do Código de Processo Administrativo, ao invés dos diplomas

⁶⁴ Art. 89º. 1 - O não pagamento em conformidade com o disposto no artigo anterior dará lugar à execução, que será promovida, perante o tribunal competente, segundo o artigo 61.º, salvo quando a decisão que dá lugar à execução tiver sido proferida pela relação, caso em que a execução poderá também promover-se perante o tribunal da comarca do domicílio do executado.

⁶⁵ Art. 33º. O processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas e das sanções acessórias competem às autoridades administrativas, ressalvadas as especialidades previstas no presente diploma.

⁶⁶ Art. 43º. O processo das contra-ordenações obedecerá ao princípio da legalidade.

⁶⁷ Art. 61º. 1 - É competente para conhecer do recurso o tribunal em cuja área territorial se tiver consumado a infracção. 2 - Se a infracção não tiver chegado a consumir-se, é competente o tribunal em cuja área se tiver praticado o último acto de execução ou, em caso de punibilidade dos actos preparatórios, o último acto de preparação.

⁶⁸ Art. 73º. 1 - Pode recorrer-se para a Relação da sentença ou do despacho judicial proferidos nos termos do artigo 64.º quando:

⁶⁹ Art. 32º. Em tudo o que não for contrário à presente lei aplicar-se-ão subsidiariamente, no que respeita à fixação do regime substantivo das contra-ordenações, as normas do Código Penal.

⁷⁰ Art. 41º. 1 - Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal. 2 - No processo de aplicação da coima e das sanções acessórias, as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para o processo criminal, sempre que o contrário não resulte do presente diploma.

penais, de modo que a omissão quanto à aplicação subsidiária no Novo Código de Procedimento Administrativo não deve significar sua impossibilidade de aplicação ao RGCO.⁷¹

1.3.2. Matriz punitiva difusa brasileira

1.3.2.1. Independência e multiplicidade de instâncias sancionatórias

Diversamente dos modelos anteriores, no Brasil não foi instituída uma matriz punitiva contraordenacional. Ao contrário, é consenso que o art. 37, §4º da Constituição Federal de 1988, enquanto matriz constitucional, instaurou um modelo punitivo difuso baseado no princípio da independência das instâncias penal, civil e administrativa, como decorrência do princípio da separação dos poderes.

Nos termos do art. 37, §4º da CF/1988: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Diante disso, a doutrina e jurisprudência brasileira desenvolveram-se no sentido de reforçar o caráter independente (quase estanque) entre Direito Penal, Direito Administrativo e Direito Civil, à exceção das previsões legais expressas. Assim se posicionam Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogenes Gasparini, José dos Santos Carvalho Filho, Marçal Justen Filho, Themistocles Brandão Calvacanti e Diogo de Figueiredo Moreira Neto.⁷²

No que tange às exceções legais, destaque-se que o art. 935 do novo Código Civil de 2002⁷³ veda a reabertura da discussão no juízo cível quanto à existência do fato ou de quem

⁷¹ MARTINS, Lício Lopes. A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo**, v. II. 3. ed. Lisboa: A.A.F.D., 2016. p. 601-632.

⁷² Resumindo o entendimento destes autores, Fábio Medina Osório explica que “há um dispositivo constitucional que prevê essa hipótese, repudiando interferências recíprocas entre Direito Penal, Direito Administrativo e até mesmo Direito das Responsabilidades Cíveis. Conforme referi, o art. 37, §4º, da Magna Carta, apresenta a singular perspectiva de apartar as sanções aos atos de improbidade da esfera penal, tornando-as independentes. (...) E se essa autonomia se dá perante o mais grave dos ramos jurídicos, certamente também se dará perante outras ramificações do Direito, nomeadamente as responsabilidades civil e administrativa *stricto sensu*.” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**..., p.322)

⁷³ CC2002, Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. (antigo art. 1.525 do CC1916)

pudesse ser o seu autor, quando essas questões já estivessem decididas no juízo criminal. Portanto, é inquestionável, que quando a sentença penal absolutória reconheça “estar provada a inexistência do fato” (art. 386, I, CPP) ou “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal” (art. 386, IV, CPP), tais questionamentos não poderão ser reabertos no juízo cível.

Da mesma forma, o art. 65 do Código de Processo Penal prescreve que “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.⁷⁴ Portanto, reconhecida a existência de hipótese de exclusão de ilicitude, a questão fará coisa julgada no juízo cível.⁷⁵

Ademais, o art. 64, parágrafo único, do Código de Processo Penal dispõe ao juiz civil a faculdade de suspender a ação civil de ressarcimento de dano contra o autor do crime ou responsável civil, até o julgamento definitivo da questão no âmbito penal.⁷⁶

Por fim, a apuração de ilícito na esfera administrativa também resta impedida por força do art. 126 do Estatuto do Servidor Público Federal (Lei nº 8.112/1990), nos casos em que a sentença criminal absolutória negue a existência do fato ou a sua autoria.⁷⁷

Deve-se observar, contudo, que fora destas hipóteses legais, impera a noção de independência entre a responsabilização penal pela prática de crimes, a responsabilização administrativa pela prática de ilícitos administrativos e a responsabilização “civil” pela prática de atos de improbidade administrativa ou atos lesivos ao erário, sendo que o próprio Supremo Tribunal Federal possui inúmeros julgados ratificando esse entendimento.⁷⁸

⁷⁴ CPP, Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

⁷⁵ GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 296.

⁷⁶ CPP, Art. 64. (...) Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

⁷⁷ Lei nº 8112/90, Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

⁷⁸ “Entendeu-se que não mereceria reparo a conclusão do STJ, segundo a qual o fato do Tribunal de Contas da União, eventualmente, aprovar as contas a ele submetidas, não obstaría, em princípio, a persecução penal promovida pelo Ministério Público. Explicitou-se que a jurisprudência do STF seria no sentido da independência entre as esferas de contas e a judicial penal, de sorte a ser desnecessário que o inquérito policial ou a denúncia aguardem a conclusão do processo de contas em qualquer das instâncias dos Tribunais de Contas. HC 103725/DF, rel. Min. Ayres Britto, 14.12.2010.” (STF, HC-103725)

Como consequência desta sistemática de persecução independente nas esferas civil, penal e administrativa-política, os agentes públicos estão sujeitos a uma multiplicidade de instâncias de apuração e punição por atos ilícitos praticados. Assim, veja-se, por exemplo, que um prefeito municipal que praticar um ilícito no exercício de suas funções pode responder (i) na esfera civil, por ação civil pública de improbidade administrativa, de acordo com o art. 17 da Lei nº 8.429/92; (ii) na esfera penal, pela prática de crime funcional ou contra a administração pública, a depender do caso; (iii) na esfera política, ao controle do Legislativo Local, e, em se tratando de infração prevista no art. 4º do Decreto-Lei nº 201 a processo de cassação julgado pela Câmara Municipal; (iv) na esfera administrativa, a ações de fiscalização do Controle Interno e do respectivo Tribunal de Contas, que pode instaurar, por exemplo, processos de prestação de contas e tomada de contas especial ou extraordinária; (v) dentre outras instâncias, a depender do ilícito praticado.

1.3.2.2. Peculiaridades do modelo brasileiro

No Brasil, o art. 37, §4º da CF/1988 enunciou um modelo punitivo difuso, baseado em uma forte independência entre as esferas civil, penal e administrativas, razão pela qual há uma profusão de instâncias e diplomas sancionatórios que prescrevem ilícitos e cominam sanções que são aplicáveis por diferentes esferas e instâncias, até mesmo em sobreposição, e que reclamam a incidência do Direito Administrativo Sancionador.

Contudo, não há no ordenamento jurídico brasileiro um regime jurídico único de Direito Administrativo Sancionador, na forma de uma Lei-Quadro como nas matrizes contraordenacionais, e nem todos os diplomas possuem a mesma finalidade, de modo que se torna necessário verificar, em cada legislação, o regime jurídico de suas competências e atividades sancionatórias.

Outra peculiaridade do modelo punitivo brasileiro é que o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de legislações que atribuem o exercício do poder sancionatório administrativo a entidades externas à Administração, na medida em que instituem diferentes regimes jurídicos de apuração e responsabilização, tanto pela via administrativa, quanto pela via judicial, que reclama a incidência do Direito Administrativo Sancionador.

Os dois exemplos mais notórios de exercício do poder sancionatório administrativo por entidades alheias à Administração são o regime jurídico que atribui ao Poder Judiciário o poder de julgar atos de improbidade administrativa mediante processos judiciais; e o regime

jurídico de controle, que atribui aos Tribunais de Contas, órgão constitucional independente vinculado estruturalmente ao Poder Legislativo, o poder de apurar e sancionar um enorme conjunto de ilícitos cometidos por autoridades administrativas no exercício de função administrativa.

Mas não apenas estas. Podem ser citadas inúmeras legislações que prescrevem a aplicação do poder sancionatório administrativo por meio de regimes jurídicos próprios, estabelecendo, conseqüentemente, infrações e sanções administrativas, como aqueles previstos na Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular); no Decreto-Lei nº 201/67 (Responsabilização político-administrativa de Prefeitos e Vereadores); no Estatuto do Servidor Público Federal (Lei nº 8.112/90) e semelhantes; na Lei Orgânica e no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8443/1992) e semelhantes; na Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92); na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e na Lei do Pregão (Lei nº 10.028/00); na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94); na Lei de Finanças Públicas (Lei nº 10.028/00); na Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010) e, recentemente, na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), dentre outras.

Apesar disso, nos termos em que o tema tem sido trabalhado pela doutrina majoritária da Teoria da Infração e da Sanção Administrativa, nega-se o caráter “administrativo” a estas infrações e sanções, tão somente porque não seriam impostas por autoridade administrativa no exercício da *função administrativa* (como pelo Judiciário e pelos Tribunais de Contas), a despeito da necessária e inafastável incidência do Direito Administrativo.

Inegável, contudo, que apesar de as supracitadas leis preverem processos de apuração e responsabilização próprios, por vezes titularizados pela Administração por meio de processos administrativos, por vezes titularizados pelo Judiciário por meio de processos judiciais, todas elas reclamam a incidência do Direito Administrativo formal e material, mais precisamente daquilo que na doutrina brasileira veio a ser denominado de Direito Administrativo Sancionador.

Trata-se da tese que foi inaugurada por Fábio Medina Osório, com forte inspiração no direito contraordenacional espanhol, como uma tentativa de distinguir um conjunto de princípios (explícitos e implícitos) e regras que regem o exercício do poder punitivo

sancionador estatal, praticado tanto pelas Administrações quanto pelo Judiciário no âmbito da improbidade administrativa.⁷⁹

Esse debate, contudo, nunca foi aprofundado, razão pela qual convivemos com um sistema jurídico em que se misturam e se sobrepõem delitos penais, contravenções penais, infrações puramente administrativas e infrações “*sui generis*”, como os atos de improbidade administrativa aplicados pelo Judiciário ou os atos de corrupção previstas na nova Lei Anticorrupção empresarial, que podem ser aplicados tanto pela Administração quanto pelo Judiciário, ainda que estes últimos, por exemplo, denotem um claro exercício do poder sancionatório administrativo, no sentido em que reclamam a incidência do Direito Administrativo formal e material.

Assim, apesar de o objeto do presente estudo não buscar empreender uma nova classificação do poder administrativo sancionatório, no modelo punitivo difuso brasileiro é possível distinguir âmbitos nitidamente distintos de exercício, especialmente no que tange à sua finalidade e regime jurídico.

Primeiro, há claramente um âmbito de exercício de poder sancionatório “propriamente administrativo”, referente ao que a doutrina clássica define como infração e sanção administrativa como sendo aquela imposta pela Administração no exercício da *função administrativa*.

Por oportuno, ressalte-se que, na definição de André Luiz Freire, função administrativa é “a atividade em que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, emite – no seio de uma estrutura e regime hierárquicos – atos jurídicos complementares à lei e, excepcionalmente e em caráter vinculado, à Constituição, os quais estão sujeitos a controle de juridicidade pelo Poder Judiciário.”⁸⁰

Assim, no âmbito de exercício de poder sancionatório “propriamente administrativo” poderiam ser inseridas as (i) sanções administrativas por descumprimento de

⁷⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa...**, p. 62. Nesse mesmo sentido: CAPEZ, Fernando. **Limites constitucionais à Lei de Improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173.

⁸⁰ FREIRE, André Luiz. **Apontamento sobre as funções estatais**. Revista de Direito Administrativo - RDA, nº 248, p.46.

atos administrativos; (ii) as sanções administrativas por descumprimento de contratos; (iii) as sanções administrativas disciplinares; dentre outras.⁸¹

Em segundo lugar, há um âmbito de exercício de poder sancionatório “ordenador”, que, na esteira da doutrina atual,⁸² englobaria, ao menos (i) as sanções decorrentes do tradicional exercício de poder de polícia; (ii) as sanções regulatórias setoriais; dentre outras; que são voltadas à organização da vida privada.

Na definição de Carlos Ari Sundfeld, a atividade ordenadora da Administração seria definida como “a parcela da função administrativa desenvolvida com o uso do poder de autoridade estatal, que disciplina, nos termos e nos fins da lei, os comportamentos dos indivíduos no campo de atividades particulares”.⁸³

Portanto, os caracteres fundamentais da administração ordenadora seriam: a) o exercício de função administrativa, no sentido de corresponder tão somente à atuação administrativa do Estado; b) voltada à organização da vida privada, significando que seu campo de incidência está limitado ao campo privado; c) dentro de relação genérica, com exclusão, portanto, das relações especiais de sujeição; d) com utilização do poder de autoridade, o que implica que a inobservância gera a aplicação de sanções (perda de direito, multa) ou a coação (destruição de coisa, lacre e interdição), dentre outras.

Repare-se que, nesses dois âmbitos, o exercício do poder sancionatório administrativo é exercício por autoridade administrativa no exercício de função administrativa, não havendo, portanto, na doutrina divergência quanto à sua legitimidade e autonomia, mas tão somente quanto à sua classificação e distinção.

Em terceiro lugar, e de modo inovador, propõe-se a autonomização de um âmbito de exercício de poder sancionatório da “probidade administrativa”, que seria caracterizado pela delegação do exercício deste poder a entidades alheias à Administração, mediante processos administrativos ou judiciais, mediante a incidência do Direito Administrativo Sancionador.

É no âmbito de poder sancionatório da “probidade administrativa” que se enquadrariam (i) as sanções decorrentes do Direito Administrativo Sancionador

⁸¹ Toma-se por base a distinção de sanções administrativas propostas por: PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral...**, p.148-149.

⁸² BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 38-52.

“judicializado”, exercido através do Poder Judiciário mediante ações de improbidade administrativa e semelhantes; (ii) as decorrentes do Direito Administrativo Sancionador “de controle”, exercido pelos Tribunais de Contas mediante processo administrativo próprio.

É nesse campo que se centra o objeto de análise da presente tese.

1.4. Direito Administrativo Sancionador e Microssistemas

1.4.1. Direito Administrativo Sancionador brasileiro

1.4.1.1. A controvérsia na teoria do poder sancionatório administrativo

Diversamente do Direito Administrativo tradicional, que na sua definição clássica seria o ramo que regula o exercício da *função administrativa*, o Direito Administrativo Sancionador, enquanto disciplina jurídica, estaria preocupado com a regulação do exercício do poder punitivo estatal sempre que houvesse a incidência do Direito Administrativo formal e material, excluindo-se, portanto, o poder de persecução penal.

O foco das discussões doutrinárias acerca do Direito Administrativo Punitivo, no entanto, se concentrou - e produziu obras exemplares - em outros temas, como, por exemplo: a qualificação da natureza jurídica do ilícito administrativo e da sanção administrativa; a distinção das sanções administrativas das sanções penais e outros tipos de sanções; a elaboração da estrutura do tipo da infração administrativa; a determinação dos princípios constitucionais e de regras que compusessem sua base estrutural e o distinguissem do Direito Penal, dentre outros assuntos relacionados.

Nesse contexto, a presente tese busca resgatar a discussão justamente no ponto em que a doutrina nacional não foi capaz de convergir, que é justamente na construção de um sistema que seja capaz de unificar as clássicas teorias da infração e da sanção administrativa com a nova teoria do poder sancionatório administrativo fundado no Direito Administrativo Sancionador, atenta às particularidades da matriz punitiva político-constitucional adotada pelo Brasil.

Com este objetivo, inicia-se abordando os principais empecilhos teóricos para essa aproximação, notadamente o dogma quase galvanizado na literatura nacional de que as

infrações e sanções administrativas se caracterizam, acima de tudo, pelo critério formal de que sejam impostas por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa.

Esta posição doutrinária decorre do fato de que as teorias da infração e da sanção administrativa tomaram por pressuposto a teoria unitária do *ius puniendi* estatal, que sustenta a inexistência de diferença ontológica entre ilícitos e sanções, de modo que se diferenciariam apenas pela entidade que as impõe.

Dessa forma, o critério de *discrímen* das infrações e sanções administrativas elencado pelos principais autores, como Regis Fernandes de Oliveira,⁸⁴ Heraldo Garcia Vitta,⁸⁵ Daniel Ferreira⁸⁶ e Rafael Munhoz de Mello,⁸⁷ centrou-se no critério formal de que as sanções administrativas deveriam ser impostas pela *Administração, materialmente considerada, no exercício da função administrativa*.

A despeito destes autores desenvolveram diferentes conceitos agregando outros elementos (materiais, procedimentais, etc.), todos os conceitos têm em comum a adoção do critério formal da imposição por autoridade administrativa como essencial e indispensável.

Contudo, assim como ocorreu na Alemanha, aqui também o legislador colocou por terra o extenso trabalho doutrinário produzido, de modo que a teoria majoritária não se presta mais a explicar o que se observa no ordenamento jurídico brasileiro, à exemplo das legislações supracitadas, que atribuíram o poder sancionatório administrativo a entidades alheias à Administração.

É necessário, portanto, revisitar as teorias da infração e sanção administrativas com um olhar sistêmico, quanto às peculiaridades do modelo punitivo difuso brasileiro, e integrativo, quanto às escolhas políticos-normativas introduzidas pelo legislador no ordenamento vigente.

Em primeiro lugar, a teoria unitária do *ius puniendi* estatal decorre do modelo punitivo contraordenacional espanhol, em que existe uma distinção acentuada entre Judiciário e Administração, e o Judiciário não exerce o poder sancionatório administrativo. De modo

⁸⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas...** p.25-26.

⁸⁵ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo...** p.30-34.

⁸⁶ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa...**, p.191-194.

⁸⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador...**, p.22.

diverso, no modelo punitivo difuso brasileiro, verifica-se uma exclusividade mitigada da Administração quanto ao exercício do poder sancionatório administrativo.

Ademais, no âmbito teórico, não se pode descurar que o critério formal que exige que as infrações e sanções administrativas sejam impostas pela Administração no exercício da função administrativa, decorre, justamente, da já abandonada doutrina clássica de James Goldschmidt e Ebehard Schmidt, desenvolvidas com base na distinção entre delito de justiça (*Justizdelikt*), exclusivo do Judiciário, e delito administrativo ou contraordenação (*Verwaltungsdelikt*), exclusivo da Administração.

Finalmente, a própria doutrina do Direito das Contraordenações passou a desenvolver distinções para apartar a sanção contraordenacional de outros tipos de sanções administrativas. Assim, por exemplo, Madureira Prates separa a *sanção contraordenacional*, que se situa exatamente entre a sanção penal e a sanção administrativa propriamente dita, de outras sanções aplicadas pelas autoridades administrativas nas suas relações especiais: (i) a sanção administrativa disciplinar; (ii) a sanção administrativa contratual; e (iii) a sanção administrativa setorial.⁸⁸

Nesse contexto, o primeiro passo a ser dado para a reconciliação entre a teoria do poder sancionatório administrativo e as teorias da infração e sanção administrativa é abandonar o critério formal que exige que sejam impostas pela Administração, materialmente considerada, no exercício da função administrativa.

Portanto, se a Administração Pública, no exercício de função administrativa, apurar e sancionar um ilícito, este será certamente um ilícito administrativo. Isso, porém, não retira a natureza jurídica de ilícito administrativo de condutas sancionadas pelo Judiciário, como os atos de improbidade administrativa, haja vista que decorrem do exercício do poder sancionatório administrativo e se submetem à incidência do Direito Administrativo formal e material.

Corrobora-se, portanto, a tese já defendida por Fábio Medina Osório de que não se pode descartar a existência de sanções de Direito Administrativo aplicadas pelo Poder Judiciário, em especial quando a norma invocada apresenta, em um de seus polos, a presença

⁸⁸PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral...**, p.148-149.

da Administração Pública direta, indireta ou descentralizada como lesada pela ação de agentes públicos ou particulares, desafiando o direito punitivo.⁸⁹

Conforme defendido por este autor, “o Direito Administrativo pode ser aplicado por autoridades administrativas ou judiciais, sendo estas pertencentes à esfera extrapenal. (...) O elemento formal da sanção administrativa é o processo judicial ou administrativo, extrapenal (...). A sanção administrativa, como se disse antes, não é expressão exclusiva de um poder sancionador das Administrações Públicas, visto que pode ser imposta por juízes e tribunais judiciais, inclusive em respeito às deliberações do Poder Legislativo e às estruturas do funcionamento de nossos Poderes de Estado”.⁹⁰

Trata-se de uma suposta contradição que pode ser resolvida mediante a utilização da distinção conceitual entre a titularidade do poder sancionatório administrativo e o seu exercício. Conforme preconizado pelo próprio Alejandro Nieto, o titular do poder sancionatório administrativo é sempre a Administração, mas seu exercício pode ser atribuído ao Judiciário, o que, no modelo contraordenacional espanhol, em que o Judiciário não aplica originariamente contraordenações, ocorre pelo julgamento de recursos ou pelo sobrestamento de processo administrativo em virtude de equiparação com crime.⁹¹

Nessa ordem de ideias, ainda que se divirja doutrinariamente quanto à possibilidade de titularidade originária para o exercício de poder sancionatório administrativo por entidade estranha à Administração, não se pode refutar que seu exercício poderá ser delegado a outras entidades, como ao Judiciário e aos Tribunais de Contas, ainda mais quando feito por Lei material, do que se depreende que a figura da autoridade administrativa não é elemento indissociável para o exercício do poder sancionatório administrativo.

Finalmente, é razoável ponderar que, ainda que o Judiciário e os Tribunais de Contas não exerçam função administrativa, em seu sentido clássico, ao promoverem o

⁸⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**..., p. 83.

⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**..., p. 137-138, 141-142.

⁹¹ Em seus exatos termos: “*Para resolver dúvida e contradições cabe recorrer à precisão técnica da distinção entre a titularidade do poder (sancionatório administrativo) e de seu exercício. O titular do poder sancionatório administrativo é sempre a Administração, mas seu exercício pode ser interferido pela atuação de um juiz. Mediando um recurso contencioso-administrativo o juiz, se não for caso de limitar-se a anular a sanção e devolver o expediente à Administração de origem, pode subrogar-se no exercício do poder (...). Em resumo, a Administração é a titular originária do poder sancionatório sendo por ela diretamente exercido, salvo nos casos em que – mediando um recurso contencioso-administrativo – seu exercício se transfere a um juiz ou tribunal desta ordem; e salvo também nos casos em que a atividade do juiz penal paralisa o exercício do poder sancionatório administrativo.*” (NIETO, Alejandro. **Direito Administrativo Sancionador**..., p.148.)

juízo de mérito e impõem sanções, eles avaliam a retidão do exercício da função administrativa por uma autoridade administrativa, e o fazem mediante a aplicação do regime jurídico de Direito Administrativo (Sancionador).

Em última análise, a questão se resumiria a um mero problema de nomenclatura, sendo possível, por exemplo, denominar de infrações propriamente administrativas aquelas que estão sob a tutela da Administração, e infrações pseudo-administrativas (ou outra denominação) aquelas que estão sob a tutela de entidades externas, mas que reclamam a incidência do Direito Administrativo material e formal.

Em suma, defende-se as seguintes teses:

- I. A figura da autoridade administrativa não representa elemento indissociável para o exercício do poder sancionatório administrativo, que pode ser atribuído a outras entidades, e que, em nosso sistema, foi atribuído mediante leis específicas ao Poder Judiciário e aos Tribunais de Contas;
- II. O Direito Administrativo Sancionador é o ramo do Direito Administrativo vinculado ao exercício do poder sancionatório administrativo, relativo à apuração de infrações e aplicação de sanções;
- III. O regime jurídico de Direito Administrativo Sancionatório se aplica tanto a processos administrativos quanto a processos judiciais, sempre que a apuração de um ilícito e a cominação de uma sanção reclamarem a incidência do Direito Administrativo formal e material.

1.4.1.2. Esferas administrativa, judicial e controladora de Direito Administrativo Sancionador

Uma vez fixada a premissa de que o regime jurídico de Direito Administrativo Sancionatório se aplica tanto a processos administrativos quanto a processos judiciais, sempre que a tutela da infração demandar a incidência do Direito Administrativo formal e material, passa-se a abordar o objeto de trabalho da presente tese.

Conforme visto, no ordenamento jurídico brasileiro há uma multiplicidade de diplomas que delegam o exercício do poder sancionatório administrativo a entidades alheias à Administração, mediante a atribuição de competência originária e exclusiva (que

denominaremos adiante de competências externas) para apurarem ilícitos e aplicaram sanções com base no Direito Administrativo Sancionador.

Tanto é assim que as recentes alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) utilizaram a nomenclatura “*esferas administrativa, controladora ou judicial*” (arts. 20 21, 24 e 27) para definir o âmbito de incidência das normas gerais de interpretação e aplicação do Direito Administrativo (Sancionador) previstas.

Trata-se do reconhecimento, pelo legislador, de que o poder sancionatório administrativo pode e vem sendo exercido não apenas no âmbito propriamente administrativo, mas também no âmbito judicial e na esfera de controle,⁹² notadamente pelos Tribunais de Contas.

Pois bem, o foco de análise da presente tese é que se denominou de poder sancionatório da “probidade administrativa”. Buscam-se, portanto, legislações que prescrevem infrações que se situam entre os delitos penais e as infrações administrativas (nas modalidades enumeradas na presente tese), mas que delas divergem, visto que tuteladas por entidades alheias à Administração mediante a incidência do Direito Administrativo Sancionador.

De pronto, é possível identificar vários diplomas que prescrevem ilícitos e cominam sanções administrativas, a saber: a Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular); o Decreto-Lei nº 201/67 (Responsabilização político-administrativa de Prefeitos e Vereadores); a Lei Orgânica e Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8443/1992) e semelhantes; a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92); a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e Lei do Pregão (Lei nº 10.028/00); a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94); a Lei de Finanças Públicas (Lei nº 10.028/00); a Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010) e, recentemente, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), dentre outras.

Contudo, nem todos estes diplomas prescrevem ilícitos e cominam sanções com a mesma finalidade, de modo que se torna necessário verificar em cada legislação o regime jurídico, a finalidade e o rito de desempenho e aplicação de suas competências sancionatórias.

Se, por um lado, a multiplicidade de instâncias sancionatórias assegura as respectivas autonomias institucionais e aumenta o poder fiscalizatório e punitivo, por outro, a

⁹² A respeito, na doutrina estrangeira, veja-se: GONZÁLEZ, Jorge Agudo. La función administrativa de control: Bases para um sistema de Justicia Administrativa en el ordenamiento jurídico espanol. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo. **Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 11-44.

sobreposição de competências causa insegurança jurídica e fragiliza direitos fundamentais, além de ser fonte de incontáveis antinomias e contradições.

Nesse contexto, a presente tese busca identificar, no sistema punitivo brasileiro, um núcleo comum de legislações que atribuem *competências externas* para a *tutela específica da probidade administrativa e do patrimônio público*, e reclamam a incidência do Direito Administrativo Sancionador.

De modo geral, podem ser elencadas as legislações que promoveram a judicialização do poder sancionatório administrativo, ao prescreverem ilícitos e sanções voltadas à defesa da probidade administrativa e do erário público sob a tutela do Judiciário, constituindo o que pode ser denominado de *Direito Administrativo Sancionador Judicializado*.⁹³

Assim, em primeiro lugar, exsurge a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) visto que entregou ao cidadão a possibilidade de buscar no Judiciário a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, compreendidos os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1º, §1º).

De modo semelhante, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que veio a se somar à Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), e também atribui ao Judiciário o controle da violação do dever de probidade administrativa por agentes públicos quanto à prática de atos que acarretem o enriquecimento ilícito (art. 9º), que causem dano ao erário (art. 10) ou que violem os princípios da Administração Pública (art. 11). É interessante notar que as mesmas condutas sancionadas pela Ação Popular podem ser sancionadas pela Ação de Improbidade.

Mais recentemente, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13) passou a reprimir atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública, sendo que seus tipos se equiparam aos atos de improbidade administrativa da Lei nº 8.429/92, com a peculiaridade de que a responsabilização pode se dar tanto por meio de processo administrativo de responsabilização (PAR), quanto por processo judicial.

É inequívoco que os ilícitos e sanções relacionados aos atos lesivos ao patrimônio público (material e imaterial), aos atos de improbidade administrativa e aos atos de corrupção

⁹³ A este respeito, ver: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**..., p. 95; LUZ, Denise. **Direito Administrativo Sancionador Judicializado**: Improbidade Administrativa e Devido Processo Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014.

têm grande carga sancionatória e denotam um notório exemplo de Direito Administrativo Sancionador.

Em segundo lugar, também haveria o campo de exercício do poder sancionatório “de controle”, exercido pelos Tribunais de Contas, aos quais suas respectivas Leis Orgânicas atribuem inúmeras competências para o controle de atos ilícitos praticados por gestores públicos; para a fiscalização da aplicação de recursos; para o julgamento de representações de irregularidades em licitações; dentre outros. A diferença, nesse caso, é que a tutela ocorre mediante processo administrativo próprio (e não judicial), o que não afasta, mas reforça, a incidência do Direito Administrativo Sancionador.

Há, portanto, uma grande profusão de instâncias de controle dotadas de competências paralelas e sobrepostas nas *esferas administrativa (propriamente dita), controladora e judicial*, a revelar que nunca houve uma preocupação do legislador com a sistematização da matéria.

É a partir da constatação que a presente tese empreende um esforço em favor da sistematização dos diferentes regimes jurídicos existentes nas *esferas administrativa (propriamente dita), controladora e judicial* voltados à *tutela específica da probidade administrativa e do patrimônio público* com base do Direito Administrativo Sancionador, com o objetivo de identificar problemas de sobreposição de instâncias e extrair soluções a partir de sua normatividade sistêmica.

1.4.2. *Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa*

1.4.2.1. A técnica dos microsistemas como resposta à sobreposição de instâncias

O problema da multiplicidade e sobreposição de instâncias pode ser enfrentado mediante a técnica dos microsistemas, que, por meio de um esforço sistêmico, interpretativo e integrativo, permite extrair padrões mínimos de organicidade sistêmica entre as diferentes instâncias de tutela da probidade administrativa e do erário público, promovendo uma maior coordenação, eficiência e efetividade de suas respostas.

Atualmente, a técnica do microssistema está difundida e pode ser observada em muitos âmbitos do direito brasileiro, consistindo em regramentos setoriais e especializados de matérias integrantes aos grandes ramos do Direito Civil, Penal, Administrativo, dentre outros.

A ideia de criação de microssistemas jurídicos foi muito bem desenvolvida no âmbito do direito material, com destaque nas matérias do Direito Civil, Penal e Trabalhista. Até mesmo no âmbito do direito processual a aplicação desta ideia está muito avançada, como no conhecido microssistema da tutela coletiva.

Assim, por exemplo, vale citar que o reconhecidíssimo Microssistema da Tutela Coletiva, que é constituído pela interação unificadora entre a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), teria decorrido da introdução de normas de referenciamento recíproco entre estes dois diplomas, notadamente entre o art. 90 do CDC, que determinou a aplicação das normas da Lei nº 7.347/1985 às ações coletivas dispostas no CDC, e o art. 21 da LACP, que previu a aplicação das disposições gerais do processo de tutela coletiva do consumidor (Título III do CDC) aos processos de defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais.⁹⁴

O diferencial do microssistema consiste na criação de uma interdependência entre vários diplomas, de modo que as lacunas, omissões e contradições podem ser resolvidas por meio da interpretação e aplicação conjunta e recíproca de princípios, regras e procedimentos desses diplomas setoriais, em primazia sobre os regramentos dos Códigos.

Assim, por exemplo, cite-se o Microssistema dos Juizados Especiais, que estabelece uma lógica própria para demandas de baixa complexidade e valor, divergindo da centralidade do Código de Processo Civil, sendo formado pela Lei nº 9.099/1995 (que estabelece a normativa geral do Juizados Especiais Cíveis e Criminais), pela Lei nº 10.259/2001 (que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal), pela Lei nº 12.153/2009 (que prescreve o procedimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública) e pelas inúmeras leis estaduais que estabelecem as disposições específicas para os Juizados Especiais Estaduais de cada Estado.

⁹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade administrativa**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017, p. 127.

No presente momento, os trabalhos de individualização e reconhecimento de normativas microssistêmicas têm produzido profícuos resultados na harmonização da aplicação de diplomas setoriais, como, por exemplo, nos casos das propostas de “Microssistema de locações prediais urbanas”,⁹⁵ de “Microssistema de liminares contra o poder público”,⁹⁶ dentre outros.

Na lição de Natalino Irti, um dos grandes expoentes do assunto, os elementos caracterizadores de um microssistema seriam os seguintes: a) a existência de princípios próprios, diversos daqueles identificados na legislação codificada; b) lógica autônoma; c) a assunção do caráter de direito geral para a temática tratada pela legislação componente do microssistema; e d) modificação da função do direito codificado, a qual, no tocante à matéria tratada pelo microssistema, passa a ostentar disciplina residual.⁹⁷

Disso depreende-se que o microssistema se define como uma técnica de sistematização harmônica e orgânica de diversos diplomas legais que compartilham de uma principiologia própria, lógica autônoma, assunção de caráter de direito geral e afetação do direito codificado à função residual.

Em suma, a sistematização harmônica e orgânica de diversos diplomas legais que compartilham do mesmo âmbito de tutela e possuem regimes jurídicos que demandam a interpretação e aplicação conjunta pode ser obtida através da utilização da técnica do microssistema.

Isso posto, a presente tese propõe a constituição de um microssistema específico da *tutela da probidade administrativa e do patrimônio público* com base no Direito Administrativo Sancionador, denominado de Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa, com o objetivo estabelecer padrões mínimos de organicidade e sistematicidade entre as legislações a partir de sua normatividade sistêmica.

⁹⁵ SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. A tutela antecipada e o microssistema de locações prediais urbanas. **Revista dialética de direito processual**, n. 62, p. 61-71, maio 2008.

⁹⁶ FUX, Luiz. O novo microssistema legislativo das liminares contra o poder público. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha**: teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 431-452.

⁹⁷ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. Ed., Milano: Giuffrè, 1999, p. 45-46.

1.4.2.2. O Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa

A denominação proposta, Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa, se justifica porque o critério material elencado para a identificação das legislações que compõem seu núcleo, a *tutela da probidade administrativa e do patrimônio público*, pode ser simplificado na atual e sucinta expressão de *corrupção administrativa*, sem a pretensão de inaugurar-se um conceito jurídico distinto e com significado próprio.

Analizando as legislações que compartilham dessa mesma natureza e finalidade, propõe-se que Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa seja composto, no âmbito do direito material e processual administrativo, pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), pela Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), e pelas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas; e, no âmbito processual judicial, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).⁹⁸

Essas legislações compõem o núcleo duro ou o centro valorativo do microssistema proposto e estão inter-relacionadas, haja vista que, no âmbito material, compartilham de tipos infracionais voltados à tutela da probidade administrativa e do erário público, e, no âmbito processual, estabelecem processos sancionatórios que se sobrepõem indireta e até mesmo diretamente, por meio de remissão expressa de uma legislação à outra, ora possibilitando ou exigindo sua aplicação conjunta, ora excluindo.

Assim, veja-se, que a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13) prevê expressamente em seu art. 21 que, “nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública)”, e que, de acordo com seu art. 30, o processo de responsabilização desta lei não prejudicará “os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II - atos ilícitos alcançados

⁹⁸ MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa:** interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Interessante ressaltar que o referido autor também se propôs a investigar a existência de um *microssistema de normas da tutela coletiva do patrimônio público e da moralidade pública* no direito brasileiro, tendo defendido que o mesmo seria composto pela ação popular de defesa do patrimônio público; ação de improbidade administrativa; ações civis públicas de defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa e ações de ressarcimento ao erário.

pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública.”⁹⁹

Por sua vez, a Lei de Improbidade Administrativa prevê em seu art. 14, §3º que a representação à autoridade administrativa para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade “será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990”, ou seja, na forma do processo administrativo disciplinar do servidor público federal. No que tange ao processo judicial, seu art. 14, §3º prevê que “no caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular)”.

Além disso, as ações de improbidade administrativa são processadas pelo rito da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), o inquérito civil previsto em seu art. 8º é utilizado como procedimento administrativo preparatório à propositura de ação de improbidade, e o termo de ajustamento de conduta, celebrado com o objetivo de fazer cessar condutas lesivas e obter reparação de danos no âmbito extrajudicial, é previsto no §6º do art. 5º daquela lei, que, por sua vez, prevê a aplicação subsidiária ou supletiva do Código de Processo Civil em seu art. 19.

Como se vê, há normas expressas de reenvio que estabelecem um imbricado entrelaçamento entre esses diplomas legislativos, seja no aspecto material, seja no processual, de modo que a integração e utilização conjunta dos diplomas legais para o combate da corrupção administrativa se trata de verdadeiro imperativo.

Frise-se, ademais, que, por se tratar de um microssistema aberto, seus institutos e procedimentos podem irradiar sua aplicabilidade a outros diplomas legislativos que se conformem ao microssistema, ao passo que este pode até mesmo ser complementado por leis extravagantes que venham a integrá-lo.

⁹⁹ Nesse sentido: “No plano da responsabilização judicial, além do *microssistema sancionador* instituído pela LRPJ, há outros ilícitos, com sanções diversas, previstos, por exemplo, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), na Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993) e na Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011). Na maneira como tem sido concebido e estruturado o sistema brasileiro de direito sancionador, podemos extrair princípios fundamentais em relação à coexistência de distintas esferas de responsabilização.” (GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 284).

De outro lado, é interessante salientar que alguns desses diplomas são inclusive elencados pela doutrina como integrantes de outro microssistema, o Microssistema do Processo ou da Tutela Coletiva, há muito reconhecido inclusive pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A despeito da doutrina reconhecer de modo unânime que o núcleo duro do Microssistema do Processo Coletivo é formado essencialmente pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor,¹⁰⁰ é inegável que uma pluralidade de outras leis pode integrar esse sistema. Tanto é assim que o Ministro Luiz Fux, enquanto ainda integrante do Superior Tribunal de Justiça, proferiu decisão em que afirmou que: “A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se (...)”.¹⁰¹

Não há nenhum problema no fato de que uma mesma legislação pode ser compartilhada e integrar diferentes microssistemas, uma vez que essa técnica de interpretação sistemática da legislação não invoca exclusividade ou primazia em detrimento de outros diplomas, ao contrário dos códigos monolíticos dos monossistemas oitocentistas.

Contudo, será problemático a aplicação de institutos do Microssistema da Tutela Coletiva, como o regime da coisa julgada previsto nos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, em processos eminentemente sancionatórios, diante da notória distinção de sua natureza, sendo que estes decorrem da aplicação do direito administrativo sancionador enquanto aqueles são voltados à proteção de hipossuficientes e de direitos da coletividade.¹⁰²

Esta e outras questões serão tratadas mais adiante, sendo que, por ora, cabe apenas evidenciar a necessidade de se individualizar um Microssistema de Direito Administrativo Sancionatório, distinguindo-o do Microssistema da Tutela Coletiva.

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.33-34; ANDRIGHI, Fátima Nancy. Reflexões acerca da representatividade adequada nas ações coletivas passivas. **Panorama atual das tutelas individual e coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 338.

¹⁰¹ STJ – REsp n.. 510.150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17-2-2004.

¹⁰² Por exemplo, Daniel Neves defende a aplicabilidade do reexame necessário e da coisa julgada *secundum eventum probationis* para as ações de improbidade com base na aplicação integrativa de dispositivos do Microssistema da Tutela coletiva, o que a presente tese refuta veemente. (NEVES, Daniel OLIVEIRA, Rafael. **Manual de Improbidade administrativa...**, p. 128; 242-243.)

CAPÍTULO II – O MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA

No presente capítulo realiza-se uma análise dos diplomas que foram elencados para constituir o núcleo duro do Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa, quais sejam: no âmbito do direito sancionatório judicial, a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13); no âmbito processual judicial, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85); e no âmbito do direito sancionatório de controle, as Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas.

Sustenta-se que a legislação supracitada deve ser aplicada de forma harmônica e a sua coexistência equilibrada no sentido de se extrair a máxima efetividade do microsistema criado, a fim de que possam ser auxiliar mutuamente, integrando lacunas e suprimindo antinomias, bem como estendendo o uso de seus mecanismos às demais instâncias.

Ressalte-se, finalmente, que a pertinência dos Tribunais de Contas ao Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa é trabalhada e exposta no último capítulo, razão pela qual, neste capítulo, abordam-se, tão somente, as leis que constituem o chamado Direito Administrativo Sancionatório Judicializado.

2.1. Atos de autoridade atacáveis por Ação Popular

2.1.1. *O primeiro instituto da tutela da probidade administrativa*

2.1.1.1. *O surgimento da Ação Popular*

Alguns autores encontram indícios históricos da ação popular, e consequentemente da ação coletiva, no Direito Romano. De acordo com Arnaldo Rizzardo, havia interesses inerentes à *res communes omnium* que comportavam a *actio romana*, apesar de que sempre era necessária a presença concomitante de um interesse individual.¹⁰³

¹⁰³ Em sua análise histórica o autor verificou que a “a *actio popularis* destinava-se sobretudo para a defesa do interesse público e dos bens sacros, embora fosse de cunho privado, tendo caráter preponderantemente penal,

Por outro lado, “embora a actio romana exigisse, a princípio, um interesse pessoal e direito a ser exercido pelo titular do direito, as demandas populares eram admitidas com exceção a princípio ou regra geral, posto que por meio delas o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa de bens e valores de maior importância para a própria comunidade”, conforme destacou Ricardo de Barros Leonel.¹⁰⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de ação popular foi inicialmente previsto na Constituição Imperial de 1824, mas se tratava, em verdade, de uma ação de natureza penal,¹⁰⁵ diferente do instituto atual.

A primeira Constituição Republicana de 1891 também não contemplou a ação popular, e, conforme relata Luzia Nunes Dadam, com o advento do Código Civil de 1916, passou-se a exigir a demonstração de uma vinculação direta e pessoal com o interesse posto em juízo, mesmo para a defesa do uso comum de bens públicos, o que limitava este tipo de pretensão.¹⁰⁶

A previsão inicial da ação popular nos moldes como hoje se entende deu-se somente através do art. 113, XXXVIII da Constituição da República de 1934, que estabeleceu que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

O instituto, contudo, teve curta duração, pois foi suprimido pela Constituição autoritária de 1937. Após o Estado Novo, foi reintroduzido pelo art. 141, § 38 da Constituição de 1946, no capítulo “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, com a seguinte redação: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e

mas visando também uma finalidade inibitória de conduta. Lembram-se as ações contra a violação do sepulcro, contra aqueles que lançassem objetos na via pública, contra os que violavam editor pretorianos e contra os que abandonassem animais perigosos em locais públicos.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 7).

¹⁰⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.41.

¹⁰⁵ CF/1824, art. 157: “Por suborno, peita ou peculato e concussão, haverá contra eles (juizes de direito e oficiais de justiça) a ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida em lei.”

¹⁰⁶ DADAM, Luiza Nunes. **Ação Popular: Controle jurisdicional e razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 38.

das sociedades de economia mista.” Ampliou-se, assim, sua proteção às entidades da Administração direta e indireta.

A despeito disso, a legislação regulamentadora do instituto só veio com a Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que curiosamente foi aprovada no contexto do golpe político de 1964 e na vigência dos Atos Institucionais, mas que vinha ao encontro dos propósitos dos militares de combate à corrupção na Administração Pública.

Inicialmente voltada à proteção repressiva do patrimônio econômico-material da Administração, a Lei nº 6.513/77 trouxe duas significativas alterações que redefiniram o instituto e seguem vigentes até os dias de hoje: 1) ampliou-se seu âmbito de proteção para a defesa de bens imateriais, sendo que a expressão “patrimônio público” do § 1º do art. 1º da lei passou a englobar “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”; 2) incluiu-se o controle preventivo, tendo o § 5º do art. 4º da lei tornado cabível “a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”.

Conforme destacado por José Afonso da Silva, a ação popular “é também uma ação judicial porquanto consiste num meio de invocar a atividade jurisdicional visando a correção de nulidade de ato lesivo (...). Sua finalidade é, pois, corretiva, não propriamente preventiva, mas a lei pode dar, como deu, a possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado para prevenir a lesão.”¹⁰⁷

A este respeito, vale relembrar a lição de Manoel Oliveira Franco Sobrinho, que em 1974 já afirmava que cabe um juízo de valor na apreciação da lesividade na ação popular, sendo possível exercer o controle da moralidade do ato administrativo. “É preciso analisar, todavia, o conteúdo da norma e o que a norma pretende na exatidão do que não permite. (...) A questão, portanto, não é simplesmente gramatical, mas de investigação da competência aliada à moralidade (seriedade) dos propósitos administrativos.”¹⁰⁸

Na sequência, a Constituição de 1988 consolidou a ação popular como uma “ação constitucional”¹⁰⁹ no inciso LXXIII de seu art. 5º, integrante do capítulo dos “Direitos e

¹⁰⁷ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.462-463.

¹⁰⁸ SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 201.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.179.

Deveres Individuais e Coletivos”, com a característica de um remédio para proteção de qualquer ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

Vê-se, portanto, que a Constituição cidadã, num movimento de reforço da cidadania, erigiu a ação popular como um instrumento de participação política¹¹⁰ e uma ação judicial voltada à defesa dos interesses da coletividade, o patrimônio público na sua concepção material e imaterial.

Na lição de José Afonso da Silva, “toda a ação popular consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, invocar a tutela jurisdicional a interesses coletivos (...) O autor popular invoca a atividade jurisdicional, por meio dela, na defesa da coisa pública, visando a tutela de interesses coletivos, não de interesse pessoal. Por isso a incluímos aqui [garantias dos direitos coletivos] e não entre as garantias políticas.”¹¹¹

É de se frisar, contudo, que naquele momento não existiam outros mecanismos de tutela coletiva da probidade administrativa no âmbito do Direito Administrativo Sancionatório, visto que se entendia que a legitimação ativa era exclusiva do cidadão (art. 5º, LXXIII, CF/88), sendo que o Ministério Público atuava somente como *custos legis* e assumia a titularidade da ação apenas na hipótese de desistência do autor popular (art. 6º, §4º c/c art. 9º da Lei nº 4.717/65).

2.1.1.2. A CF/88 e o novo sistema de defesa do patrimônio público

Esta concepção, contudo, foi superada pela Constituição de 1988 e pelo advento das leis da Ação Civil Pública e da Improbidade Administrativa, que estabeleceram um novo

¹¹⁰ Nesse sentido: RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.117.

¹¹¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo...**, p.462-463.

sistema de defesa do patrimônio público, enquanto um direito difuso, com regras de competência e exigência de demonstração de representatividade adequada e pertinência temática dos legitimados ativos,¹¹² o que possibilitou a institucionalização dessa tutela.

No entanto, a legislação da ação popular seguiu inalterada, reafirmando a legitimação anômala e ilimitada de qualquer cidadão para a propositura de ações sancionatórias contra autoridades, sendo que a interpretação quanto ao seu espectro de proteção foi até mesmo ampliada, para abranger qualquer ato da Administração, até mesmo um ato do Presidente da República.¹¹³

Assim, veja-se que, no âmbito material, os atos administrativos atacáveis por ação popular são extremamente amplos. Para além dos casos de nulidade dos atos administrativos, que, conforme art. 2º, alíneas *a* a *e*, da Lei nº 4.717/65, podem decorrer de qualquer vício de incompetência, do vício de forma, da ilegalidade do objeto, da inexistência dos motivos, do desvio de finalidade e de outros casos especificados no art. 4º da mesma lei, ainda é possível suscitar a anulabilidade de qualquer ato acima não previsto que cause lesão ao patrimônio público.

Neste ponto, é de se destacar que com o alargamento das hipóteses de cabimento da ação popular, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹¹⁴ passou a admitir o questionamento da moralidade administrativa sendo dispensável a exigência da demonstração da lesividade material, desde que demonstrada a ilegalidade do ato, entendimento este que foi recentemente referendado no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 824.781, com repercussão geral, de relatoria do Relator Ministro Dias Toffoli.¹¹⁵

¹¹² LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.166-167.

¹¹³ BARBOSA MOREIRA, J. C. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.110-123.

¹¹⁴ “Para cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam da Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material da entidade pública, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico.” (STF, RE nº 170.768, Relator Min. Ilmar Galvão, DJ de 7/4/99).

¹¹⁵ “Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa. Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que é condição da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal.

A superveniência da Lei da Ação Civil Pública e da Lei de Improbidade Administrativa, contudo, marcou a derrocada da tutela individual exaltada pela Lei da Ação Popular, em favor de uma tutela coletiva e por atores especializados, tendo atribuído o poder de agir a vários co-legitimados ativos: entes políticos, Ministério Público, entidades associativas e órgãos públicos.¹¹⁶

Portanto, apesar de ter passado a ocupar um papel cada vez mais secundário diante da atuação institucional, notadamente pelo bem estruturado Ministério Público brasileiro, a ação popular ainda vige com redação inalterada, e confere grandes poderes ao cidadão comum, ao tornar possível a judicialização de qualquer ato de qualquer autoridade, inclusive atos políticos do Executivo e atos legislativos do Parlamento.¹¹⁷

Não há dúvidas, contudo, que se trata de um instrumento que se insere no Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa e, conseqüentemente, deve ter sua finalidade e interferência recíproca com outros instrumentos do microsistema repensada.

2.1.2. Problemas sistêmicos da Ação Popular

2.1.2.1. Desvirtuamento do uso e desestabilização institucional

De início é importante frisar que a ação popular consiste num poderoso instrumento jurídico de controle preventivo da gestão pública, tendo sido erigido ao *status* de ação constitucional e, ao mesmo tempo, de garantia dos direitos coletivos pela CF/88.

Apesar disso, a doutrina especializada vem alertando para o crescente desvirtuamento no uso desta ação constitucional e seus efeitos deletérios. De acordo com a obra

Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida.” (STF, ARE nº 824.781 RG/ MT, Relator Min. Dias Toffoli, DJE de 27/08/2015).

¹¹⁶ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública...**, p.166-167.

¹¹⁷ “CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. VEREADORES: REMUNERAÇÃO: FIXAÇÃO: LEGISLATURA SUBSEQÜENTE. C.F., art. 5º, LXXIII; art. 29, V. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA: LESÃO. I. - A remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores será fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subsequente. C.F., art. 29, V. Fixando os Vereadores a sua própria remuneração, vale dizer, fixando essa remuneração para viger na própria legislatura, pratica ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, que constitui patrimônio moral da sociedade. C.F., art. 5º, LXXIII. II. - Ação popular julgada procedente. III. - R.E. não conhecido.” (STF, RE 206889, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 25/03/1997, DJ 13-06-1997 PP-26718 EMENT VOL-01873-11 PP-02257)

de Hely Lopes Meirelles, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes, “a experiência vem demonstrando que a vigente lei de ação popular está a exigir uma completa reformulação em seu texto, não só para conceituar melhor seus objetivos como para agilizar seu processamento e impedir que tais causas se eternizem na Justiça, sem julgamento, numa perene ameaça aos administradores chamados à juízo.”¹¹⁸

E seguem aduzindo que “a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma Administração a outra, o que exige do Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindita partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa a proteger.”¹¹⁹

A crítica é oportuna, tendo em vista o defasado regime jurídico da ação popular, elaborado em 1965 e alterado uma única vez em 1977, que destoa em muitos pontos das mais recentes legislações voltadas à proteção do erário público. De pronto, podem ser indicadas no mínimo três anomalias sistêmicas na Lei nº 4.717/65: (i) a absoluta ausência de regras de competência para o seu processamento, o que torna possível que qualquer juiz do país se pronuncie sobre qualquer ato de qualquer autoridade (independentemente de sua hierarquia constitucional); (ii) a legitimidade passiva excessivamente ampla, que admite a inclusão do próprio ente público no polo passivo da demanda mesmo quando a ação é voltada contra ato de autoridade específica (que a torna em um mandado de segurança “com esteroides”); (iii) a ausência de regras de competência cumulada à legitimidade passiva excessivamente ampla possibilita a “pulverização” de ações e o surgimento, com ou sem má-fé, de uma “loteria judicial” quanto à obtenção de liminares, o que pode tornar completamente ineficaz o instrumento de contracautela da Administração, consiste no pedido de suspensão de liminar, tendo em vista que a pulverização de ações deverá ser acompanhada da pulverização de pedidos de suspensão de liminar.

Nesse contexto, a comparação da ação popular com o mandado de segurança, que é outra ação constitucional com estrutura muito semelhante, é particularmente reveladora da notória amplitude da ação popular, a saber: (i) apesar de ambas se destinarem ao

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p.150.

¹¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**..., p.150-151.

confrontamento de “ato de autoridade” ilegal, o campo de tutela da ação popular é muito mais amplo, compreendendo qualquer ato ilegal ou lesivo ao patrimônio público material e imaterial; (ii) enquanto o mandado de segurança exige que o direito invocado seja “líquido e certo”, a ação popular admite teses fundadas em conceitos abertos e princípios da administração, como a moralidade administrativa de *per se*, além de dilação probatória; (iii) enquanto o mandado de segurança coletivo exige a demonstração de representatividade adequada, a ação popular atribui a legitimidade anômala irrestrita a qualquer cidadão; (iv) enquanto há divisão de competências e previsão de foro diferenciado para o julgamento de autoridades no mandado de segurança, na ação popular o julgamento do ato da autoridade, não importa quem seja, é feita sempre pelo juízo comum; (v) enquanto a lei do mandado de segurança estabelece hipóteses de vedação de liminares, a lei da ação popular não faz qualquer limitação e a jurisprudência tem encarregado de ampliar ainda mais suas possibilidades, até mesmo contra atos classificados como *atos de governo ou políticos*, como aqueles decorrentes da competência privativa do Chefe do Executivo para nomear e exonerar *ad nutum* ministros de Estado (art. 84, inciso I, CF/88).

Grandemente em virtude da amplitude anômala da ação popular, a recente jurisprudência de nossos Tribunais tem revelado que, ao invés de atuar como um instrumento de reforço da participação popular, o uso desta ação tem se desvirtuado e servido ao papel de perseguição política ou da indevida e excessiva judicialização da política/politização da justiça. Os exemplos são inúmeros.

Para melhor contextualizar essas críticas, passa-se à análise de alguns casos concretos.

O primeiro exemplo analisado evidencia a possibilidade do desvirtuamento de sua utilização na relação *interna corporis* dos poderes, que se verifica em grande medida no âmbito municipal. Nesse sentido, cite-se um caso notório, porém não inédito, protagonizado por um vereador municipal que, após ter seu mandato cassado, passou a perseguir seus ex-colegas, tendo protocolado mais de uma centena de ações populares.¹²⁰

¹²⁰ “Segundo se infere dos autos, após ter seu mandato de vereador cassado por falta de decoro parlamentar, o autor engajou-se em um projeto de vingança contra a Câmara de Vereadores de Ribeirão Preto, seus ex-colegas e a Prefeitura Municipal, que resultou, de acordo com o MM. Juízo a quo, em mais de uma centena de ações populares sem qualquer substrato fático. Uma pesquisa no sítio deste Tribunal confirma a profusão de ações populares envolvendo o autor, que vem sendo sistematicamente rejeitadas pela Corte. [...] É essa leviandade processual que desvirtua o objeto da Ação Popular como remédio cívico de combate à malversação de recursos públicos, quando ele é convertido em instrumento de desforra política (cassação por falta de decoro público), utilizado aleatória e abusivamente contra os adversários, deixando à mostra somente a vindita contra os

Neste ponto, vale destacar que apesar de a própria Constituição estabelecer que no caso de comprovada má-fé, seriam devidas custas judiciais e ônus da sucumbência pelo autor popular, na prática forense tal sanção raramente é imposta, especialmente diante da dificuldade probatória.

Um segundo exemplo de mau uso da ação popular, como sucedâneo recursal administrativo, diz respeito ao caso de um ex-procurador da Fazenda Nacional que ajuizou 62 ações populares iguais para questionar o mérito de decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) - órgão do Ministério da Fazenda -, ao argumento de que as decisões de inexistência do crédito tributário tomadas teriam lesado os cofres públicos. Todas as ações populares foram negadas em sede preliminar, ao entendimento de que não cabe ação popular para questionar mérito de decisões administrativas, sendo que o Tribunal Regional da 1ª Região manteve esse posicionamento nos recursos julgados.¹²¹

Mais recentemente outros casos ganharam extensa publicidade e notoriedade em decorrência do conturbado cenário político brasileiro, mas que não podem ser olvidados pela doutrina, sendo a seguir apresentados para que se possa discutir seus reflexos sistêmicos e não o acerto ou erro das decisões.

Um dos casos que geraram grande controvérsia na comunidade jurídica diz respeito à impugnação, mediante ação popular, da nomeação da deputada Cristiane Brasil para o cargo de ministra do Trabalho pelo presidente Michel Temer. Em janeiro de 2018, o juiz federal da 4ª Vara de Niterói (RJ) deferiu liminar em ação popular que suspendeu a posse da deputada na pasta do Ministério do Trabalho, ao entendimento de que “a candidata” à ministra havia sido condenada em duas ações trabalhistas anteriores e tal fato-ato-judicial evidenciaria “ofensa à moralidade administrativa”, prescrita no art. 37, *caput*, da Constituição.

A Advocacia Geral da União tentou reverter a decisão na segunda instância, mas todos os recursos foram negados pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Contudo, no Superior Tribunal de Justiça, o vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Humberto Martins, suspendeu a liminar ao entendimento de que “em nosso ordenamento

adversários, convertendo o palco solene do Judiciária em desditosa arena.” (TJSP, Reexame Necessário nº 0252451-09.2009.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator(a): Décio Notarangeli; Data do julgamento: 11/09/2013; Data de registro: 13/09/2013)

¹²¹ CANÁRIO, Pedro. **Mais três ações populares são ajuizadas contra o Carf**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-21/ex-procurador-ajuiza-tres-acoes-populares-decisoes-carf>>

jurídico inexistia norma que vedasse a nomeação de qualquer cidadão para exercer o cargo de ministro do Trabalho em razão de ter sofrido condenação trabalhista.”

Na sequência, o Movimento dos Advogados Trabalhistas Independentes (Mati) apresentou Reclamação ao Supremo Tribunal Federal que levou a Presidente da Corte, a Ministra Cármen Lúcia, a suspender temporariamente (em 22/01) a decisão do STJ até que o documento com a decisão fosse apresentado e analisado. Frisou-se na decisão que o mérito do ato questionado na ação popular, qual seja, a validade ou não do ato de nomeação de ministro de Estado não estava em questão, mas tão somente “se, ao ser acionado pela União e ter decidido, o Superior Tribunal de Justiça teria usurpado competência deste Supremo Tribunal.”

Posteriormente, em 14/02, a Ministra Cármen Lúcia julgou favoravelmente o mérito da Rcl 29.508 proibindo a posse de Cristiane Brasil. Corroborando o parecer da Procuradoria-Geral da República, a Ministra entendeu que o STJ seria incompetente para decidir sobre o caso, “determinando o imediato encaminhamento dos autos da Suspensão de Liminar e de Segurança n. 2.340/RJ, em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, para autuação e julgamento neste Supremo Tribunal Federal, cassando-se a decisão proferida pela autoridade reclamada por manifesta incompetência (...)”.

Entretanto, todas essas idas e vindas judiciais, tendo a opinião pública se assentado em desfavor da nomeada, o cancelamento da escolha foi definido por seu próprio partido, o PTB - presidido pelo pai dela, Roberto Jefferson -, e o presidente Michel Temer anulou a nomeação em decreto publicado em 23/02.

O caso é excepcional pois a causa de pedir da ação foi fundada em “*imoralidade pura*”, de *per se*, sem qualquer evidenciação de ilegalidade, conforme reconhecido na decisão do ministro Humberto Martins do STJ, o que gerou duras críticas da comunidade jurídica quanto à interferência do Judiciário em competências privativas de outros poderes e ao voluntarismo e ativismo judicial.¹²²

No entanto, o que se busca problematizar não é o acerto da decisão pelo prisma de sua juridicidade ou da finalidade em detrimento da forma, mas sim os efeitos sistêmicos de se permitir que qualquer cidadão questione qualquer ato de um Presidente da República

¹²² STRECK, Lenio Luiz. **Judiciário quer nomear ministros: sugiro para a Saúde um não fumante!** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/senso-incomum-judiciario-nomear-ministros-sugiro-saude-nao-fumante>>

exclusivamente por julgá-lo imoral, sem que esteja conjugado com um elemento de ilegalidade, como o excesso ou desvio de poder, o que sequer foi discutido neste caso.

Não se trata, contudo, de um caso isolado na jurisprudência brasileira. Mantendo-se na seara de interferência em atos de nomeação pelo Presidente da República, verifica-se que um autor popular já buscou obter de um juiz de piso uma ordem liminar de suspensão do ato de nomeação de Ministro da Suprema Corte.

O caso refere-se à nomeação do então advogado-geral da União, Gilmar Ferreira Mendes, ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, que foi impugnada por meio de ação popular (Petição nº 2695) apresentada por um advogado mato-grossense contra o presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, e o presidente do Senado Federal, Ramez Tebet. Em sua petição, o advogado teceu diversas críticas ao currículo de Gilmar Mendes e afirmou que este não tem reputação ilibada e nem notório saber jurídico. Como a ação foi protocolada no Supremo Tribunal Federal, contudo, o relator do processo, ministro Celso de Mello decidiu, que a Corte é incompetente para julgar originariamente ações populares por ausência de previsão no art. 102, I, CF. Assim, determinou o arquivamento do processo ao invés de ordenar o seu encaminhamento ao órgão judiciário competente, pois a jurisprudência do Supremo era no sentido de que o relator não pode orientar a parte sobre a competência.¹²³

De maneira diversa, contudo, quando chamado a se pronunciar sobre a competência para julgar ação de improbidade contra membro do próprio Supremo Tribunal Federal, em razão de ação de improbidade movida pelo Ministério Público Federal contra o então advogado-geral da União, Gilmar Mendes, a Corte, através da Questão de Ordem em Petição nº 3211-0, estendeu interpretativamente a prerrogativa de foro, ao argumento de que não se coaduna com a sistemática da Constituição o julgamento de ministro do Supremo, para fins de perda de cargo, pela primeira instância.¹²⁴ Adiante esta questão é minudente analisada.

Outro exemplo de disfuncionalidade sistêmica remete ao caso de um juiz federal do Amazonas que, a partir de uma ação popular,¹²⁵ determinou liminarmente que a Agência

¹²³ Notícias STF. **Celso de Mello arquiva Ação Popular contra a indicação de Gilmar Mendes para STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58788>>

¹²⁴ ERDELYI, Maria Fernanda. **Supremo arquiva ação de improbidade contra Gilmar Mendes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-mar-13/stf_arquiva_acao_improbidade_gilmar_mendes>

¹²⁵ Processo nº 1002469-44.2017.4.01.3200 da 3ª Vara Federal Cível da SJAM.

Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) suspendesse a 2ª e 3ª rodada dos leilões de partilha de blocos do Pré-Sal (no Estado do Rio de Janeiro), sob pena de multa diária de 10 milhões de reais. O fundamento da plausibilidade do direito seria o vício de iniciativa quanto à propositura da Lei nº 13.365/2016, que retirou da Petrobrás a condição de operadora única.¹²⁶

Neste caso, o cidadão da ação era um advogado vinculado ao Sindipetro-AM, tendo a Federação Única dos Petroleiros orientado um “*movimento de resistência judicial*”, com ações similares por todo o país. Na sequência, o presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), cassou a liminar deste juiz e apontou que “não apenas os valores envolvidos, de que necessita o país para o equilíbrio de suas contas, como também por usurpação, em via transversa, de competência própria do Poder Executivo na condução das políticas relativas aos interesses nacionais, uma vez que lhe cabe a administração superior do país, funções essas que a Constituição não reserva ao Poder Judiciário”.

2.1.2.2. *Necessidade de revisão sistêmica do regime jurídico da Ação Popular*

Diante dos inúmeros exemplos normativos e casuísticos, faz-se coro à advertência de Murillo de Aragão, que alerta que o processo de “desinstitucionalizar” o Brasil se dá pelo enfraquecimento das instituições, por sua desmoralização e, também, pelo aplauso ao conflito institucional, o que deve ser evitado. Nas palavras do autor: “a desmoralização das instituições também ocorre quando, no afã de atender a pressões midiáticas, se tomam decisões ‘não institucionais’, vulnerando a lei, violando a Constituição, estimulados pelo ativismo judicial. No processo de desmoralização das instituições, consideram-se aceitáveis os excessos do ativismo judicial e as frequentes soluções pela via da judicialização.”¹²⁷

O que se pretende evidenciar é que no microssistema de combate à corrupção administrativa, a ação popular possui uma regulamentação defasada, que permite que a mesma seja utilizada como elemento de desestabilização institucional, uma vez que sem responsabilidade institucional ou política, qualquer cidadão, tanto o partidariado quanto o não

¹²⁶ LORENA, Sergio. **Justiça do Amazonas suspende leilão do pré-sal**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/liminar-de-juiz-do-am-suspende-leilao-do-pre-sal.ghtml>>

¹²⁷ ARAGÃO, Murillo de. **Democracia e instituições no Brasil**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278464,91041-Democracia+e+instituicoes+no+Brasil>>

partidarizado, pode impugnar qualquer ato de qualquer autoridade, inclusive contra os mais altos cargos da República.

Como consequência, é possível que qualquer cidadão (com convicção própria ou a mando de terceiros) crie um conflito entre poderes e órgãos constitucionais mediante a judicialização de questões políticas e institucionais delicadas (por exemplo), atuando, desta forma, como mecanismo de *bypass* institucional (contorno) dos demais órgãos e entidades de controle que poderiam ou deveriam agir de maneira refletida nestes casos. De modo contrário, um cidadão pode precipitar a análise de um tema delicado, em assuntos da alçada privativa dos altos cargos dos Poderes Executivo e Legislativo, sem qualquer filtro dos demais órgãos de controle competentes, e por meio de decisão singular de qualquer um dos inúmeros membros da base do Poder Judiciário.

Nesse contexto em que interpretações casuísticas criaram hipóteses de exceção e que a atuação de cidadãos partidarizados e liminares de juízes de base colocam em xeque atos políticos de outros poderes, é imperativo buscar-se uma solução que resolva as inúmeras disfuncionalidades da ação popular, mas que, ao mesmo tempo, resulte na menor restrição possível a esta garantia constitucional.

Como visto, os principais problemas normativos da ação popular decorrem (i) da ausência de definição expressa da competência para o seu processamento, o que torna possível que qualquer juiz do país se pronuncie sobre qualquer ato de qualquer autoridade, fazendo tábula rasa das regras de competência territorial; (ii) a legitimidade passiva excessivamente ampla conferida, que apesar de voltar especificamente contra um ato de autoridade, visando sua anulação (ilegalidade) e/ou o ressarcimento ao erário (lesividade), admite a inclusão do próprio ente público no polo passivo da demanda, o qual, aliás, muitas vezes é o único réu; (iii) a possibilidade de burla ou manipulação das regras de competência possibilita a “pulverização” de ações e o surgimento, com ou sem má-fé, de uma “loteria judicial” quanto à obtenção de liminares.

Assim, uma solução interpretativa seria superar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, com base em uma interpretação restritiva de suas competências constitucionais, entende que “a previsão de ação popular não se subsume a qualquer das situações taxativamente enunciadas no rol inscrito no art. 102, I, da Carta Política, que define, em *numerus clausus*, as hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal” (RTJ 43/129 - RTJ 44/563 - RTJ 50/72 - RTJ 53/776), para se atribuir as mesmas competências

originárias previstas ao mandado de segurança para a ação popular. Esta mudança jurisprudencial, contudo, tornou-se improvável, diante de recentes decisões da Corte quanto à competência para julgamento de ações de improbidade administrativa.

Diante disso, resta cogitar da revisão integral do defasado e vetusto texto da Lei da Ação Popular, elaborado em 1965 e alterado uma única vez em 1977, para dar uma maior racionalidade à sua forma de processamento, à semelhança do que se aplica ao mandado de segurança. Portanto, de *lege ferenda*, entende-se que haveria três principais pontos de reforma: (i) legitimidade passiva, para que seja exclusivamente proposta contra uma autoridade coatora e não contra o ente político de que faz parte; (ii) reformulação do regime de liminares, com a exigência de oitiva prévia do Ministério Público e/ou da autoridade coatora para concessão de liminares, bem como a vedação de liminares para determinados assuntos; (iii) aplicação de um procedimento sumário de julgamento, com restrição do âmbito de dilação probatória e/ou que a instrução do processo fosse titularizada com exclusividade pelo Ministério Público.

Em suma, no atual contexto do Microsistema de Combate à Corrupção não se justifica a manutenção dessa ação com as anomalias sistêmicas indicadas, que conferem a qualquer cidadão mais poderes de atuação que associações representativas e até mesmo que o Ministério Público, porém sem a correspondente responsabilidade institucional. No entanto, para que não haja dúvida, não se defende a limitação da garantia fundamental da ação popular (o que sequer poderia ocorrer), mas sim um repensar da regulamentação de seu procedimento, com melhor especificação de competências e responsabilidades no sentido de atualizá-la e melhor compatibilizá-la com as exigências mais apuradas do regime republicano e democrático vigente.

2.2. Atos de Improbidade Administrativa e Lei da Ação Civil Pública

2.2.1. A virada da tutela individual para a tutela coletiva

2.2.1.1. A inovação trazida pela Lei de Improbidade Administrativa

Na vigência das primeiras Constituições brasileiras, a defesa da probidade administrativa era feita basicamente através da aplicação do Direito Penal, pela tipificação de

crimes lesivos ao patrimônio público, e pela previsão de regime de responsabilização política por crimes de responsabilidade ao Presidente da República, dentre os quais se inseriam atos que atentassem contra a probidade da administração (art. 54 da CF/1891; art. 57, *f*, da CF/1934; art. 85 da C/1937).

Foi apenas com a Constituição de 1946 que foram introduzidas penas administrativas para o sancionamento de atos de improbidade, decorrentes da incidência do Direito Administrativo Sancionador e não do Direito Penal. Estabeleceu o art. 141, § 31, que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.”.

Em seguida, a Constituição de 1967 previu em seu art. 153, § 11, que “a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública”.

A fim de dar concretude a estes dispositivos constitucionais, foram publicadas as Leis nº 3.164/1957 (Lei Pitombo Godói-Ilha) e nº 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto) que regulamentaram a aplicação das sanções de sequestro e de perdimento de bens em razão da prática de ato administrativo lesivo ao erário. Essas leis, contudo, eram voltadas exclusivamente aos atos que gerassem enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

Tal lacuna legislativa só foi preenchida pela Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular), exposta em detalhes no tópico anterior, que atribuiu este controle ao cidadão.

Observa-se, portanto, que ao longo de mais de meio século após a proclamação da República, a defesa de atos praticados contra o patrimônio público era realizada quase que exclusivamente através do Direito Penal, conforme à época evidenciado por Francisco Bilac Moreira Pinto, “na generalidade dos casos de enriquecimento ilícito, porém, encontraremos quase sempre um ou mais fatos que incidem em sanção penal (...). A corrupção ativa (art. 333) e a passiva (art. 317), a prevaricação (art. 319), a concussão (art. 316), o peculato (arts. 312 e 313), a exploração de prestígio (arts. 332 e 357) e a advocacia administrativa (art. 321) são modalidades criminais em que quase sempre ocorre enriquecimento ilícito, que está sujeito, além da sanção penal, à sanção prevista nesta lei (Lei nº 3.502/1958).”¹²⁸

¹²⁸ PINTO, Francisco Bilac Moreira. **Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 17.

As citadas Leis nº 3.164/1957 (Lei Pitombo Godói-Ilha) e nº 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto) previam justamente a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação objetivando o sequestro e a perda de bens resultantes de atos lesivos ao patrimônio público, porém não tiveram real efetividade prática, apesar de recepcionadas pela Constituição de 1988.

A grande alteração na tutela da probidade administrativa veio com a Constituição de 1988, que previu em seu art. 37, § 4º, que “os atos de improbidade administrativa importarão suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Ainda assim, foi necessário aguardar mais quatro anos até que fosse publicada a lei que tipificou os atos de improbidade administrativa e regulamentou seu procedimento, a Lei nº 8.429/1992, que foi sancionada pelo Presidente Fernando Collor de Mello, o qual, posteriormente, veio a se tornar réu desta lei.

Conforme anteriormente exposto, a despeito da discussão quanto à natureza civil/penal ou *sui generis* da improbidade administrativa, é certo que é uma lei que tipifica e sanciona ilícitos administrativos por meio da aplicação do Direito Administrativo Sancionatório, sendo, neste ponto, uma lei sem precedentes no direito brasileiro.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) inovou ao prescrever três tipos de atos de improbidade administrativa, com vistas a coibir práticas que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), que causem prejuízo ao erário (art. 10) ou que atentem contra os princípios da Administração Pública, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, imparcialidade e lealdade, dentre outros (art. 11).

Por sua vez, foram previstas as seguintes penas para o sancionamento dos atos ímprobos praticados: o ressarcimento integral do dano, quando houver; a perda da função pública; a suspensão dos direitos políticos; o pagamento de multa civil; e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (art. 12).

Convém destacar que recentemente, por meio da LC nº 157/2016, houve a inclusão de um novo tipo voltado exclusivamente aos atos lesivos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A).

Portanto, resta claro que a Lei de Improbidade possui um objeto e campo de proteção similar ao da Ação Popular, porém muito mais amplo e especializado. Trata-se da primeira lei efetivamente voltada ao combate da corrupção administrativa integralmente com base no Direito Administrativo Sancionador, com a imposição de sanções civis-administrativas para além do ressarcimento do dano previsto na ação popular.

Disso decorre a percepção, conforme a lição de Arnaldo Rizzardo, de que “a maior amplitude da ação de improbidade está na abrangência em grau superior de atos ofensivos aos interesses públicos. (...) Daí se intuir que (...) o objeto da ação popular fica subsumido ou abrangido pelo objeto da ação de improbidade administrativa.”¹²⁹

Enquanto na ação popular a legitimidade ativa é atribuída ao cidadão com a plenitude de direitos políticos, tendo a jurisprudência assentado a impossibilidade de propositura desta ação por pessoas jurídicas ou até mesmo pelo Ministério Público (que atua apenas como *custos legis* salvo desistência do autor popular, *ex vi* art. 6º, §4º c/c art. 9º da Lei nº 4.717/65), na ação de improbidade administrativa é atribuída legitimidade concorrente ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público interessada (*ex vi* art. 17 da Lei nº 8.429/92).

Portanto, o segundo ponto a ser destacado é que as Leis da Ação Civil Pública e da Improbidade Administrativa marcaram a virada da tutela individual para a tutela coletiva da probidade administrativa, voltada à defesa de interesses transindividuais, de cunho difuso e público, como o erário, a moralidade, a probidade administrativa, por meio da Ação Civil Pública, conforme indicado por Barbosa Moreira.¹³⁰

Apesar de uma lei não ter feito remissão expressa à outra, a doutrina e jurisprudência assentaram o entendimento de que a ação de improbidade administrativa consistiria numa espécie de ação civil pública, e, deste modo, integraria o Microsistema da Tutela Coletiva, assim como a Ação Popular.¹³¹

¹²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p.365. O autor segue ainda afirmando que: “De qualquer forma, não se pode olvidar que ambas as demandas encerram pontos de contato ou finalidades que se identificam e confundem, já que visam a proteção da moralidade administrativa e do patrimônio público, isto é, dirigem-se a tutelar a integridade dos bens materiais e morais do Estado.”

¹³⁰ BARBOSA MOREIRA, J. C. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Repro** 39-59, p.63.

¹³¹ “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO SINGULAR. ARTIGO 557, DO CPC.

A questão, contudo, gerou divergência de entendimentos entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça,¹³² sendo que a tese divergente sustentava que o Ministério Público não tinha legitimidade ativa para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público, uma vez que esse remédio processual se destinaria exclusivamente a tutelar os direitos e interesses taxativamente arrolados na redação original do art. 1º, I a IV da Lei nº 7.347/1985, dentre os quais não estava expressamente prevista a defesa do patrimônio estatal.

Deste modo, considerando que o inciso V (renumerado como inciso IV) que atribuiu a competência para tutelar “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” somente foi incluído posteriormente pelo art. 88 da Lei nº 8.884/1994, a defesa do patrimônio público e demais hipóteses não elencadas naquele rol deveriam ser objeto de ação popular (art. 5º, LXXIII da CF, regulado pela Lei nº 4.717/1965).

Esta tese, contudo, restou vencida, tendo a construção jurisprudencial se uniformizado no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 107.384-RS, relatado pela Ministra Eliana Calmon, que firmou a posição de que “o Ministério Público está legitimado para exercer ação civil pública, em defesa do patrimônio público (Lei n. 7.347/1985, art. 1º, IV).”¹³³

Preponderou o entendimento de que o campo de atuação do Ministério Público foi ampliado pelo art. 129, III, da Constituição de 1988, cabendo ao *parquet* a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio

NÃO PROVIMENTO. 1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65.” (REsp 1070896/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 04/08/2010)

¹³² A divergência residia no fato de que a Primeira Turma decidia pela legitimidade do Ministério Público na defesa do patrimônio público, sem restrições, enquanto a Segunda Turma restringia a atuação do *parquet*, retirando do mesmo a legitimidade para ação civil pública que vise ressarcimento de danos ao erário.

¹³³ “Vencido o juízo de conhecimento, no mérito, entendo que o Ministério Público estava autorizado a intentar ação civil pública mesmo antes da Lei n. 7.347/1985 sofrer o acréscimo do inciso V dado pela Lei n. 8.884/1994. Tal legitimidade, que, sem dúvida, tem respaldo constitucional (art. 129, III, CF/1988), está explicitada em diploma infranconstitucional, a Lei n. 7.347/1985, que no caput do art. 1º, com a redação original nunca alterada, previa a adequabilidade da ação civil pública por danos patrimoniais, ao tempo em que o art. 5º da mesma lei outorga, de forma expressa, a legitimidade do *parquet*. Com este entendimento, temos como de natureza infraconstitucional a outorga dada ao Ministério Público para, via ação civil pública, obter ressarcimento por dano ao erário, entendendo-se que se subsume na ação civil pública a ação popular, cujo escopo pode ser o mesmo, embora com legitimidades distintas.” (STJ, EREsp 107.384-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª S, 06.12.1999 – DJ 21.08.2000).

ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/1985.¹³⁴

2.2.1.2. O Microssistema de Tutela Coletiva

A partir de então, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a assentar o pertencimento da Lei de Improbidade ao Microssistema de Tutela dos Interesses Transindividuais (Microssistema da Tutela Coletiva), ao lado da Ação Popular e do Mandado de Segurança Coletivo, que, sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.¹³⁵

Desta forma, verifica-se que a hodierna legitimação do Ministério Público representa a superação dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, de modo que se a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo atingem o interesse difuso, passível é a propositura da Ação Civil Pública fazendo as vezes de uma Ação Popular multilegitimária.¹³⁶

Finalmente, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula nº 329 reafirmando que: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.”

¹³⁴ STJ, REsp n. 31.547- 9-SP, Rel. Min. Américo Luz, DJU 08.11.1993, p. 23.546.

¹³⁵ “2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. (...) 8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.” STJ, REsp n. 510.150-MA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29.3.2004.

¹³⁶ “Ação civil pública. Legitimidade. Ministério Público. (...) 2. A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 4. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico “concurso de ações” entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 5. A lógica jurídica sugere que legitimar-se o Ministério Público como o mais perfeito órgão intermediário entre o Estado e a sociedade para todas as demandas transindividuais e interditar-lhe a iniciativa da Ação Popular, revela *contraditio in terminis*. (...) 7. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.” (STJ, REsp n. 173.414-MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 26.04.2004).

Verifica-se, portanto, numa interpretação histórica, que a Constituição de 1988 erigiu o Ministério Público como o mais adequado órgão intermediário entre o Estado e a sociedade para a tutela dos interesses transindividuais, inclusive para a defesa do patrimônio público, tendo privilegiado a atuação institucional e organizada deste órgão na persecução de atos lesivos resultante da incidência do Direito Administrativo Sancionatório sobre a antiga atuação individual e solitária do cidadão.

Esta virada da tutela individual em favor da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro denota a adoção de uma solução pluralista de legitimação concorrente e disjuntiva, que deslocou o parâmetro da “titularidade do direito” para o binômio “relevância social do interesse/adequação do representante” e atribuiu o poder de agir a vários co-legitimados ativos: entes políticos, Ministério Público, entidades associativas e órgãos públicos.

A este respeito, Pedro Lenza destaca que são várias as possíveis razões (desde político-históricas até sociológicas) para o fortalecimento da atuação institucional do Ministério Público na “esfera civil”, indicando três situações em que a própria Lei da Ação Civil Pública induziu a propositura da ação coletiva pelo Ministério Público: 1) ao estabelecer que qualquer cidadão poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6º); 2) ao estabelecer que juízes e tribunais deverão remeter peças ao Ministério Público, sempre que tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a instauração do inquérito civil ou a propositura da ação coletiva (art. 7º); 3) ao atribuir apenas ao Ministério Público o poder de instaurar o *inquérito civil* destinado à colheita de elementos para a eventual propositura da ação coletiva (art. 8º).¹³⁷

Não há dúvidas, portanto, que a Ação Civil Pública passou a ser o principal mecanismo processual conferido ao Ministério Público para o exercício do controle dos atos lesivos dos poderes públicos. Por sua vez, a Lei da Improbidade Administrativa completou a lacuna quanto ao controle específico de atos lesivos ao patrimônio por ato de improbidade, para fins de aplicação das sanções do art. 37, §4º, da Constituição, estabelecendo procedimentos específicos e outros instrumentos.

¹³⁷LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública...*, p.184.

A legitimação específica para a atuação do Ministério Público foi prevista no art. 17¹³⁸ da Lei nº 8.429/92, sendo ainda que, de acordo com o §3º do mesmo artigo, “traz hipótese de litisconsórcio facultativo, estipulando que o ente estatal lesado poderá ingressar no pólo ativo do feito, ficando a seu critério o ingresso (ou não) na lide, de maneira que sua integração na relação processual é opcional, não ocasionando, destarte, qualquer nulidade a ausência de citação do Município supostamente lesado.”¹³⁹

Merece ainda destaque a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), cujo art. 25 trouxe a previsão expressa de que é função ministerial “promover o inquérito civil e a ação civil pública na forma da lei para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa”.

Portanto, a doutrina, jurisprudência e alterações legislativas posteriores trabalharam juntas para consolidar a legitimidade superlativamente qualificada do Ministério Público para a tutela do patrimônio público através da chamada “ação civil pública por ato de improbidade administrativa”.

2.2.2. A ação civil pública por ato de improbidade administrativa

2.2.2.1. A ação de improbidade e a judicialização do Direito Administrativo Sancionador

A despeito disso, ainda há juristas de renome que refutam o entendimento de que a ação de improbidade seja uma mera modalidade de ação civil pública, em razão de sua natureza e contornos próprios. Por todos, destaca-se a posição de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, que refutam o tratamento daquela ação como uma “ação civil pública de improbidade administrativa”.

De acordo com Wald e Mendes, “trata-se, a nosso ver, de prática de pouca técnica jurídica, pois a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramento

¹³⁸ “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.”

¹³⁹ STJ, REsp 1261660/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015)

próprios, não se confundido com aqueles específicos das ações civis públicas em geral. O fato de a ação ser civil (em oposição a uma ação penal), ou ser pública, num linguajar leigo (no sentido de proteger o patrimônio público, ou da legitimidade do Ministério Público para propô-la), não faz da ação de improbidade administrativa uma ação civil pública no sentido jurídico do termo.”¹⁴⁰

A crítica é capaz de evidenciar o cerne do questionamento ora proposto, qual seja, da natureza sancionatória distinta da ação de improbidade administrativa. Por outro lado, se equivoca ao enveredar para a conclusão de que, em razão de a Lei da Ação Civil Pública não tratar especificamente de improbidade administrativa, “deve ser reconhecido que, pela regra da especialidade, a Lei nº 7.347/85 não se aplica aos casos em que se alega improbidade administrativa e/ou se pede a cominação das penas previstas na Lei nº 8.429/92.”¹⁴¹

Em termos simples, a crítica acerta no alvo, mas no alvo errado, haja vista que suas conclusões buscam retomar um debate já pacificado, tanto doutrinariamente quanto legalmente, não chegando a desenvolver suas reais consequências.

No contexto legal atual, considerando as competências atribuídas ao Ministério Público pelo art. 129, III, da Constituição, e art. 25 de sua Lei Orgânica (Lei nº 8.625/93), não há como se afirmar que a ação de improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429/92 não possa ser processada pela via da ação civil pública, por uma das hipóteses previstas nos art. 1º, incisos IV e VIII, da Lei nº 7.347/85, que estabelecem que se regem pelas disposições desta lei “as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados (...) IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” e “VIII – ao patrimônio público e social”.

A crítica que deve ser feita é de que a ação de improbidade administrativa não é meramente uma modalidade de ação civil pública, pois possui a natureza de processo sancionatório voltado à aplicação das sanções do §4º do art. 37, da Constituição, por meio do exercício do “*direito administrativo sancionador judicializado*”,¹⁴² de modo que não se

¹⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**..., p.215-216.

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p.218.

¹⁴² De acordo com a autora, o direito administrativo sancionador judicializado compõe “*um espaço próprio no direito administrativo sancionador brasileiro, um meio processual, nem cível, nem penal, adequado à aplicação de sanções restritivas de direitos fundamentais, principalmente a de suspensão dos direitos políticos.*” (LUZ, Denise. **Direito administrativo sancionador judicializado**..., p. 64). Discorda-se deste conceito. Conforme anteriormente exposto, representa o âmbito de exercício do poder sancionatório administrativo no âmbito judicial, que reclama a incidência do Direito Administrativo Sancionador.

submete propriamente ao Microssistema da Tutela Coletiva regido pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, mas inaugura um Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa com natureza e finalidades próprias.

Vale dizer, a chamada “*ação civil pública por ato de improbidade administrativa*” não constitui uma mera ação civil de ressarcimento, visto que qualificada e especializada por sua natureza sancionatória voltada à aplicação de sanções político-administrativas, razão pela qual os procedimentos especiais previstos na Lei de Improbidade Administrativas irão por um lado se sobrepor e por outro lado afastar a aplicação de disposições que não se coadunem com sua natureza.

Há nítidas diferenças. Veja-se, por exemplo, que além de a ação civil pública não ser voltada à aplicação das sanções do §4º do art. 37, da Constituição, a recomposição dos danos coletivos e difusos se destinará a um fundo especial, razão pela qual pode ser proposta por vários legitimados, inclusive associações civis, enquanto a ação de improbidade é restrita ao Ministério Público e à entidade lesada, e o ressarcimento será exclusivo ao erário lesado.

Ainda nessa linha, apenas para ilustrar situações específicas que serão tratadas adiante, esta é a razão para se negar a aplicabilidade do regime de coisa julgada prevista no art. 16 da LACP e arts. 103 e 104 do CDC; a concessão excepcional de efeito suspensivo aos recursos estabelecido no art. 12 da LACP; ou ainda o reexame necessário previsto no art. 19 da Lei de Ação Popular.

2.2.2.2. *A base do Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa*

Isto posto, cabe evidenciar o conjunto de princípios e regras de direito material e processual da Lei de Improbidade Administrativa que estruturam o Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa.

De início, verifica-se que a Lei de Improbidade, conforme arts. 1º e 2º, aplica-se a qualquer agente público, servidor ou não, ainda que exerça transitoriamente ou sem remuneração cargo, emprego ou função pública, que comete ato de improbidade contra a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes de qualquer dos entes federativos.

Ainda, nos termos de seu art. 3º, a lei também se aplicará ao terceiro que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se

beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Trata-se de hipótese de extensão subjetiva para incluir todo particular beneficiado pelo ato ímprobo, seja pessoa física ou jurídica.

A este respeito vale destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça definiu que “é inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.”¹⁴³ Por outro lado, “não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo, desobrigando o magistrado a decidir de modo uniforme a demanda.”¹⁴⁴

A improbidade administrativa está calcada na responsabilidade subjetiva, por dolo ou culpa, do agente público, não se admitindo a atribuição de responsabilidade objetiva. Assim, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é necessária a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário.¹⁴⁵

Portanto, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica é coadjuvada pela má-fé do agente público e do terceiro beneficiado, o que demanda comprovação probatória em processo judicial.

O procedimento previsto para a ação de improbidade também é distinto. Após a compreensão do viés sancionatório desta ação, o legislador acrescentou os §§ 6º a 12 ao art. 17 da lei, que introduziu uma fase preliminar de juízo de prelibação para o recebimento da ação.

O juízo de prelibação do art. 17, § 8º, da lei consiste na concessão do direito de defesa prévia aos requeridos, após o que o juiz decidirá sobre o recebimento ou rejeição da ação, neste último caso, “se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.”

¹⁴³ STJ, AgRg no AREsp 574500/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 10/06/2015.

¹⁴⁴ STJ, REsp 1261057/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015.

¹⁴⁵ STJ, RESP 765.212/AC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.6.2010. Neste julgamento, a Segunda Turma modificou seu entendimento no mesmo sentido da orientação da Primeira Turma, a fim de afastar a possibilidade de responsabilidade objetiva para a configuração de ato de improbidade administrativa.

A doutrina passou a sustentar a necessidade de justa causa para o processamento da ação de improbidade, mas a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reduziu em muito o alcance e profundidade deste juízo, ao estabelecer que meros indícios autorizam o processamento da ação em atenção ao princípio do *in dubio pro societate*, o que, em sua visão, possibilitaria um maior resguardo do interesse público,¹⁴⁶ mas que na prática esvaziou esse filtro prévio.

As Leis da Ação Civil Pública e da Improbidade Administrativa ainda inovaram ao prever novos e eficientes instrumentos investigatórios, reforçando os poderes para a atuação institucional do Ministério Público.

Assim, por exemplo, a prerrogativa de abertura de inquérito civil pelo Ministério Público, por meio do qual “poderá expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimento; requisitar condução coercitiva, em caso de não comparecimento injustificado, bem como informações, exames periciais e documentos; promover inspeções e diligências investigatórias (cf. art. 129, III, VI e VIII, CF/88; art. 26 da Lei 8.625/93, e arts. 7º e 8º da LC 75/93).”¹⁴⁷

Ainda, a possibilidade de representação, por qualquer pessoa, à autoridade para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade (art. 14) e para que requeira medidas para acautelar o erário (art. 16, todos da Lei nº 8.429/92).

No âmbito dos instrumentos acautelatórios, a Lei de Improbidade Administrativa trouxe importantes medidas que podem ser requeridas e decretadas pelo juízo, como a indisponibilidade de bens, o sequestro de bens, a quebra de sigilo bancário e o afastamento do cargo (cf. arts. 7, 16 e 20, § único da Lei nº 8.429/92).

Disto depreende-se que a forma de repressão e combate dos ilícitos administrativos foi radicalmente alterada pelas Leis da Ação Civil Pública e de Improbidade Administrativa, que reforçaram a tutela coletiva e institucional por meio do Ministério Público e o proveram com instrumentos específicos e eficientes para a investigação, acautelamento e processamento de atos lesivos ao patrimônio público.

Nisso reside outra razão para se apartar o ora defendido microsistema ou minissistema de direito administrativo sancionatório do sistema geral da tutela coletiva, haja

¹⁴⁶ REsp 1.197.406/MS, Relª. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013.

¹⁴⁷ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública...**, p.184.

vista sua natureza sancionatória e a especificidade de seu objeto e finalidade, voltada à implementação das sanções do art. 37, §4º, da Constituição.

Desta forma, a despeito de suas nítidas zonas de contato, tem-se por equivocada qualquer tentativa de sistematização e interpretação do Microssistema Administrativo Sancionatório pela ótica das leis particulares do Microssistema da Tutela Coletiva, prevalecendo em qualquer caso os princípios e regras do Direito Administrativo Sancionador.

2.3. Atos de corrupção da Lei Anticorrupção Empresarial

2.3.1. A introdução de nova instância de responsabilização ao microssistema

2.3.1.1. O marco da responsabilização objetiva de pessoas jurídicas

Atendendo a compromissos internacionais firmados em convenções da ONU, OEA e OCDE de adotar medidas para prevenir a corrupção, foi aprovada a nova Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), com o objetivo assumido de introduzir no ordenamento jurídico nacional instrumentos céleres e eficazes que permitam responsabilizar e obter o ressarcimento ao erário público da vantagem econômica percebida por pessoas jurídicas em razão de atos de corrupção praticados.

De acordo com o raciocínio defendido nas justificativas deste projeto de lei (nº 6826/2010), de autoria da antiga Controladoria Geral da União - CGU, na legislação atual, via de regra, a exigência de responsabilização subjetiva dos agentes corruptores torna os processos demorados e de difícil comprovação, além de que o patrimônio da pessoa jurídica corruptora, não raras vezes, remanesceria ileso e intocável, não recebendo qualquer penalização em razão da distinção de seu patrimônio com o de seus dirigentes e administradores corruptores, mesmo que tenha se beneficiado com os efeitos econômicos decorrentes de ilícito perpetrado.

Assim, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13) adotou como marco político a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, qualquer que seja a sua forma (mesmo as não personificadas), conforme seu art. 1º. Nos termos de seu art. 2º, “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Por outro lado,

“os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade” (art. 3º, § 2º), sendo que “a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais” (art. 3º, § 1º).

Portanto, sendo a Lei de Improbidade Administrativa aplicada com base na responsabilidade subjetiva, sobreveio a Lei Anticorrupção calcada na responsabilidade objetiva, com a finalidade manifesta de tornar dispensável a verificação e comprovação do elemento subjetivo da conduta de seus representantes corruptores para o seu sancionamento.

A Lei Anticorrupção também trouxe um importante instrumento de justiça negocial ao Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa, nomeadamente a possibilidade de realização de acordos de leniência, cuja definição, relevância e extensão para os demais regimes jurídicos sancionatórios são adiante tratados.

2.3.1.2. Responsabilização mediante processo administrativo ou judicial

A Lei nº 12.846/2013 dispôs sobre a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, nas esferas administrativa e judicial, pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. No art. 5º foram previstos os tipos infracionais e, no art. 6º, as sanções a serem aplicadas às pessoas jurídicas infratoras.

Uma grande peculiaridade da Lei Anticorrupção é de ter introduzido a possibilidade de responsabilização dual, tanto pela esfera administrativa quanto judicial, sem prejuízo, neste último caso, das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Na esfera judicial, atribuiu-se competência concorrente às Advocacias Públicas dos entes federativos lesados e ao Ministério Público para ajuizar ação com vistas à aplicação de sanções às pessoas jurídicas infratoras, sendo que neste caso o rito a ser adotado é o procedimento da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

Além disso, estabeleceu-se a possibilidade de o Ministério Público ou a Advocacia Pública requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, em termos semelhantes ao previsto no art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

As remissões legais feitas na Lei Anticorrupção evidenciam que seu campo de incidência e aplicação se inter-relaciona com as Leis da Ação Civil Pública e da Improbidade

Administrativa, o que não poderia deixar de ser, haja vista que todas buscam a tutela da probidade administrativa e do erário público, do que pode se concluir que esta nova lei também integra o Microssistema de Combate à Corrupção, de modo que poderá buscar as soluções para suas lacunas e antinomias nas referidas Leis nº 7.347/85 e 8.429/92 e demais princípios e regras reitoras deste microssistema.¹⁴⁸

2.3.2. Dupla incidência da Lei Anticorrupção e da Lei de Improbidade

2.3.2.1. A sobreposição entre atos de corrupção e atos de improbidade

Tanto a Lei de Improbidade Administrativa quanto a Lei Anticorrupção Empresarial se destinam à tutela da probidade administrativa e do erário público, podendo incidir sobre uma mesma pessoa jurídica e seus dirigentes e administradores, de modo que pode haver dupla incidência dos regimes sancionatórios, e torna relevante verificar se existe conflito e/ou *bis in idem* entre as duas leis.

Do cotejo das leis depreende-se que o art. 5º, da Lei nº 12.846/13, ao estabelecer que “constituem atos lesivos à administração pública, (...) aqueles (...) que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública (...)”, está tratando dos mesmos tipos de atos previstos nos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, que versam, respectivamente, sobre o prejuízo ao erário e sobre a violação aos princípios da Administração Pública.

Nos termos do art. 10, “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres (...)”, enquanto que na letra do art. 11, “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (...)”.

Da mesma forma, observa-se que a conduta prevista no art. 5º, I, da Lei nº 12.846/13, de “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente

¹⁴⁸ Este também é o entendimento de Wallace Paiva Martins Jr. Vide: MARTIS JR., Wallace Paiva. Comentários ao art. 21. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção Comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 264.

público, ou a terceira pessoa a ele relacionada” equivale ao ato ímprobo inscrito no art. 9º, caput e inc. I da Lei nº 8.29/92: “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade (...) e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, (...) por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público.”

Aprofundando a análise para as condutas específicas previstas, verifica-se ainda que o inc. IV, do art. 5º, da Lei nº 12.846/13, no tocante a licitações e contratos, coíbe: “a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (...) d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente” trata do mesmo ato ímprobo inscrito no inc. VIII, do art. 10, da Lei nº 8.429/92, que veda “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo (...) ou dispensá-los indevidamente”.

Verifica-se, portanto, que os atos previstos no art. 5º e incisos da Lei Anticorrupção Empresarial preveem rigorosamente as mesmas categorias dos atos elencados no art. 9º (que importam em enriquecimento ilícito), art. 10 (que causam prejuízo ao erário) e art. 11 (que atentam contra os princípios da Administração Pública) da Lei de Improbidade Administrativa, cabendo ressaltar que a primeira lei também é mais ampla, visto que também voltada à proteção da probidade das Administrações Públicas estrangeiras.

Diante da constatação dessa zona de coincidência entre os objetos tutelados pelas Leis nº 8.429 e nº 12.846/13, Sebastião Botto de Barros Tojal sustentou, com fundamento no art. 30¹⁴⁹ da Lei nº 12.846/2013, que com o advento desta lei as pessoas jurídicas não estariam mais sujeitas às disposições da Lei de Improbidade Administrativa, nem mesmo subsidiariamente, passando a responder somente pelos atos e processo previstos na Lei nº 12.846/2013.

De acordo com Tojal, houve uma “nítida derrogação da aplicação das disposições da Lei 8.429/1992 às pessoas jurídicas, as quais passaram agora a ter um regime objetivo de

¹⁴⁹ Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

responsabilização sob um rol taxativo de condutas e penalidades previstas na Lei 12.846/2013. Por outro giro semântico: pode-se afirmar agora que a Lei de Improbidade Administrativa aplica-se somente às pessoas naturais, agentes públicos ou não. (...) A partir do advento da Lei 12.846/2013, as pessoas jurídicas não respondem mais por ato de improbidade, mas somente pelos atos previstos na Lei 12.846/2013.”¹⁵⁰

A tese do autor, contudo, não prospera, visto que propõe uma interpretação nitidamente *contra legem*. Veja-se que o próprio texto do art. 30 da Lei nº 12.846/2013 prevê expressamente que “a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992;”

Além disso, o art. 18 também é bastante claro ao prever que “na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.” Não há, portanto, qualquer juridicidade na tese da “*derrogação automática*” do regime da improbidade administrativa às pessoas jurídicas.

Ademais, a proposta de Tojal padece de uma completa falta de visão sistêmica. Conforme veio se demonstrando, a característica de um microssistema consiste justamente na coincidência e interdependência de leis com natureza semelhante. A solução não está na ideia de exclusão, mas sim de interdependência e sistematização destas leis.

2.3.2.2. *Responsabilidade objetiva e culpabilidade*

Outrossim, um questionamento pertinente foi levantado quanto à possível antinomia da responsabilidade objetiva prevista pela Lei Anticorrupção quando o ato de corrupção previsto for equiparável aos atos de improbidade de enriquecimento ilícito (art. 9º) e que violem princípios da Administração (art. 11), que de acordo com a consolidada jurisprudência exigem a comprovação do elemento subjetivo da conduta.

Mauro Roberto Gomes de Mattos sustentou a existência de um “conflito de normas (que) se constata quando a lei nova (Lei nº 12.846/13), regulando a matéria já prevista na Lei nº 8.429/92, estabelece a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, quando a mesma é

¹⁵⁰ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013. **Revista dos Tribunais**, v. 947, ano 103, p. 281-292, set. 2014.

alçada à condição de lesar o erário, violar princípios da boa Administração Pública, ou gerar enriquecimento ilícito para a mesma.”¹⁵¹

Diante disso, Mauro Roberto Gomes de Mattos conclui propondo que “a antinomia existente entre a Lei n.º 8.429/92 e a Lei n.º 12.846/13, quanto a responsabilização da pessoa jurídica, é suprida pelo critério da especialidade, prevalecendo o princípio da *Lex specialis derogat legi generali*. Nessa situação, é de ser aplicado o presente artigo 2º, da Lei n.º 12.846/13 em conformidade com a Lei n.º 8.429/92, vinculado a elemento subjetivo da conduta, excetuando assim a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas.”¹⁵²

A despeito da ponderada opinião do avalizado jurista, discorda-se do entendimento de que haja um conflito entre as referidas normas. Ao contrário, por se tratar de instituto atrelado ao Direito Administrativo Sancionador, entende-se que a imputação da *responsabilidade objetiva* à pessoa jurídica introduzida pela Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13) não entra em conflito com a Lei de Improbidade nem afronta o art. 1º, III, e art. 5º, XLV, XLVI e LIII da Constituição Federal, que tratam do princípio da culpabilidade.

Nesse sentido, alguns autores também defendem que a incidência do princípio da culpabilidade afasta a possibilidade de incidência da responsabilidade objetiva no Direito Administrativo Sancionador, como Rafael Munhoz de Mello e Alejandro Nieto.

De acordo com Rafael Munhoz de Mello “a incidência do princípio da culpabilidade afasta do direito administrativo sancionador a responsabilidade objetiva, como bem anota Alejandro Nieto: ‘*el primer corolario de la exigencia de la culpabilidad es la exclusión de la responsabilidad objetiva*.’”¹⁵³

Inobstante os argumentos, entende-se que a Constituição brasileira não exige ou estabelece uma forma de culpabilidade “*a priori*” para as pessoas jurídicas, o que, somado à

¹⁵¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do conflito da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), no que pertine à responsabilidade da pessoa jurídica privada: antinomia jurídica. In: **Revista Síntese: Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, n. 118, p. 33-50, out. 2015, p. 16.

¹⁵² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do conflito da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) (...). In: **Revista Síntese**..., p. 16.

¹⁵³ “A responsabilidade objetiva independe da culpa do agente: impõe-se a sanção pela ocorrência concreto do evento típico, sem que seja relevante o elemento subjetivo de quem pratica a conduta proibida. (...) Importa o resultado, o elemento objetivo que corresponde à figura típica. Para a imposição de sanção basta a ‘pura e simples descoincidência objetiva entre um dever previsto abstratamente na norma jurídica e a atuação material de um certo sujeito’, nas palavras de Marçal Justen Filho. A adoção do princípio da culpabilidade afasta tal possibilidade”. (MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**..., p. 186-187).

liberdade de inovação do legislador, abre as portas para a introdução de modelos diversos de responsabilização, especialmente na esfera administrativa.

Assim, entende-se que a culpabilidade da pessoa jurídica não deve ser tratada com os elementos antropomórficos que caracterizam o Direito Penal (que é baseado inteiramente na ação humana individual), mas antes no Direito Administrativo Sancionador, que dispensa estes elementos, já que as pessoas jurídicas acobertam estruturas humanas atrás de um ente fictício, com personalidade e patrimônio distinto das pessoas físicas que a integram, de modo que a comprovação do dolo ou culpa de sua conduta torna-se irrelevante quando se tem em vista o sancionamento dos proveitos econômicos obtidos por estas empresas em razão da prática de atos ilícitos.¹⁵⁴

Nesta mesma linha de entendimento, Fábio Medina Osório defende que “nem se diga que a sanção contra a pessoa jurídica quebraria a pessoalidade da pena, na medida em que atingiria seus sócios. Trata-se de um raciocínio equivocado, porque os sócios só são atingidos pelos efeitos fáticos e jurídicos da condenação (...). O Direito Administrativo Sancionador não possui, portanto, um regime jurídico unitário para pessoas físicas e jurídicas, porque há uma clara ruptura dessa suposta unidade no requisito da culpabilidade.”¹⁵⁵

Ressalte-se que até mesmo no Direito Penal passou a preponderar o entendimento de que a categoria da culpabilidade deve ser diferente para as pessoas jurídicas, representando uma exigência mais genérica, vinculada a critérios sociais e jurídicos de evitabilidade do fato e deveres de cuidado objetivo. Veja-se que, nesse caso, a culpabilidade não deixa de existir, mas abandona seus pressupostos antropomórficos em favor de categorias objetivas.

Assim, diante da inexistência de unidade na categoria de culpabilidade para as pessoas físicas e jurídicas, entende-se que não subsistem impeditivos jurídicos para a instituição

¹⁵⁴ Nesse sentido: “Se as pessoas jurídicas somente atuam com suporte em vontades e comportamentos humanos, ocultos ou não, não se está a desprezar por completo, mas apenas parcialmente, as bases subjetivas do Direito Penal. Isto equivale a dizer que o sistema punitivo pode enfrentar criminalidade protagonizada por pessoas jurídicas, que acobertam estruturas humanas invisíveis, e que mantêm relações autônomas no mundo negocial. A resposta punitiva mais direta e óbvia seria a do Direito Administrativo Sancionador, fora de dúvida.” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador...**, p. 376.

¹⁵⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador...**, p. 380-381.

da responsabilização, na forma objetiva, de pessoa jurídica por prática de ilícito administrativo.¹⁵⁶

Portanto, a categoria da responsabilidade objetiva aplicada ao Direito Administrativo Sancionatório baseia-se na substituição da ideia de *culpa* pela ideia de *nexo de causalidade*. Assim, para a responsabilização do ente coletivo basta que sejam demonstrados (a) a prática de ato ilícito; (b) por agente da pessoa jurídica; (c) nexo de causalidade entre a conduta e o dano; (d) e o dano. Na ausência de qualquer destes elementos resta afastada a responsabilidade da pessoa jurídica.

E uma vez deslocada a questão para o plano da causalidade, também incidem todas as hipóteses excludentes e atenuantes da responsabilidade, a saber: (i) caso fortuito ou força maior; (ii) culpa da vítima; (iii) culpa de terceiros; (iv) exercício regular de direito;¹⁵⁷ (v) além de que “aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto”.¹⁵⁸

Logo, se o ato lesivo foi causado por ato imputável à Administração Pública ou, de qualquer forma, por ato que não guarde nexo de causalidade com a pessoa jurídica, ela não será responsabilizada.

A este propósito, Egon Bockmann Moreira bem esclarece que “a racionalidade estrutural da Lei Anticorrupção reside em premissa puramente econômica: os custos imediatamente imputáveis a pessoas jurídicas, como consequência objetiva do descumprimento de certas normas legais. Isto é, não se trata de reprimenda de ordem moral.”¹⁵⁹

¹⁵⁶ Para um estudo mais detalhado sobre o tema, cite-se um estudo autoria própria: ORTOLAN, Marcelo A. B. A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção: normal penal ou administrativa? **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n. 14, p. 151-166, jan/jun 2016.

¹⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1087.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 647.

¹⁵⁹ BOCKMANN MOREIRA, Egon. Lei Anticorrupção: Principais aspectos e primeiras impressões. In: BUSATO, Paulo César; COUTINHO, Aldacy Rachid (Org.). **Aspectos jurídicos do compliance**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 23. Nessa mesma linha, o autor segue afirmando que: “As multas, o perdimento de bens, a suspensão de atividades, a dissolução compulsória e a proibição de receber vantagens oriundas de entidades públicas (Lei nº 12.486/2013, art. 9º, incs. I a IV) nada têm de subjetivo – pois não visam a castigar moralmente a quem quer que seja, mas sim a institucionalizar consequências econômicas para o descumprimento de certas regras legais.”

Conclui-se, portanto, que a instituição de responsabilidade objetiva para a pessoa jurídica não importa em “absolutização” de sua culpabilidade. Em verdade, ocorre uma “objetivização” do elemento subjetivo da culpabilidade em favor da ideia de causalidade entre conduta e dano, o que se revela como a proposta mais adequada de responsabilização destes entes fictícios, destituídos de consciência e vontade própria.¹⁶⁰

Finalmente, o que se buscou ressaltar é que não existem antinomias entre a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção Empresarial e, que esta veio a se somar ao Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa, ao introduzir o sancionamento de pessoas jurídicas por condutas típicas semelhantes aos atos de improbidade administrativa, mas com base em responsabilidade objetiva.

Uma vez esclarecidas estas questões centrais da Lei Anticorrupção Empresarial, pode-se cravar que o atual Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa é composto tanto por processos sancionatórios judiciais (como a ação civil pública por ato de improbidade administrativa), quanto por processos sancionatórios administrativos, em que coexistem as modalidades de responsabilidade subjetiva e objetiva.

¹⁶⁰ A este respeito, veja-se: ORTOLAN, Marcelo. Interdependência entre condutas vedadas a agentes públicos na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção Empresarial. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Abuso de poder e perda de mandato** (Tratado de Direito Eleitoral, v. 7). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CAPÍTULO III – PONTOS DE INTERDEPENDÊNCIA E DIÁLOGO ENTRE INSTÂNCIAS DE CONTROLE NO MICROSSISTEMA

O presente capítulo busca discutir pontos de interdependência que emergem da concepção sistemática, unitária e integrativa entre os regimes jurídicos das diversas leis que compõem o núcleo duro do microssistema proposto. Nesse caminho, abordam-se questões relativas ao regime jurídico do Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa; à competência para julgamento de processos sancionatórios de autoridades; a sobreposição de sanções administrativas e seu modo e momento de aplicação; e a expansão da justiça negocial em processos sancionatórios em superação ao paradigma punitivo clássico da indisponibilidade do interesse público.

3.1. O regime jurídico do Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa

3.1.1. Princípios de Direito Administrativo Sancionador

3.1.1.1. Princípios e garantias constitucionais

O Microssistema de Combate à Corrupção é composto tanto por processos sancionatórios judiciais (como a ação civil pública por ato de improbidade administrativa), quanto por processos sancionatórios administrativos (como o processo de responsabilização – PAR, o processo disciplinar, etc.), em que coexistem as modalidades de responsabilidade subjetiva e objetiva.

A Constituição Federal, inclusive, dispensou tratamento igualitário a ambos os tipos de processo, ao prescrever em seu art. 5º, inciso LV, a garantia de que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Há uma identidade substancial das penas que dá suporte à doutrina da unidade do poder punitivo (*ius puniendi*) do Estado, cuja principal consequência, de acordo com a doutrina,

é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais.¹⁶¹

Desse modo, na lição de Romeu Felipe Bacellar Filho, haverá também a incidência de um conjunto comum de princípios constitucionais (núcleo constitucional comum de processualidade) a processos sancionatórios destinados à apuração e sancionamento de ilícitos administrativos, notadamente, dos seguintes:¹⁶²

- (i) *Legalidade* (art. 5º, XXXIX, CF/88): não se admite a existência de crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
- (ii) *Irretroatividade da lei* (art. 5º, XL, CF/88): a lei sancionatória não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
- (iii) *Juiz natural* (art. 5º, LIII, CF/88): no sentido de haver a clara definição da autoridade competente para a apuração de infrações a aplicação de ilícitos, vedada sua nomeação *ad hoc*;
- (iv) *Devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF/88): materializado pelos direitos e garantias dos jurisdicionados nos processos administrativos e judiciais sancionatórios;
- (v) *Contraditório e ampla defesa* (art. 5º, LV, CF/88): é assegurado, a todo e qualquer litigante, em processo judicial ou administrativo, a ampla defesa e contraditório;
- (vi) *Razoável duração do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF/88): que limita, com base na proporcionalidade, a duração dos processos sob dois vieses: primeiro, impedindo a instauração de apurações de infrações após longo decurso de tempo, em claro prejuízo ao contraditório e colheita de provas (prescrição da pretensão punitiva); segundo, pelo viés da celeridade que exige que processos instaurados cheguem a um fim em tempo razoável (prescrição intercorrente);
- (vii) *Presunção de inocência* (art. 5º, LVII, CF/88): que estabelece a inviabilidade da antecipação da aplicação de sanções antes da definitividade

¹⁶¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 102; GÁRCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás- Ramon. **Curso de direito administrativo**, trad. Arnaldo Setti, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 890.

¹⁶² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56 e ss.

da decisão, notadamente às sanções administrativas restritivas de direitos, o que, contudo, vem sendo mitigado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e adiante é melhor abordado.

3.1.1.2. *Princípios e regras específicas do Direito Sancionador*

Nessa linha, Rafael Munhoz de Mello desenvolve e propõe a aplicação de princípios e regras específicas do Direito Administrativo Sancionador, com conteúdo jurídico distinto daqueles de Direito Penal, aplicáveis aos diferentes regimes jurídicos punitivos, quais sejam:¹⁶³

- (i) a *legalidade administrativa*, que exige a previsão do ilícito e da sanção em lei formal;
- (ii) a *tipicidade*, que exige a tipificação do ilícito e da sanção aplicável;
- (iii) a *irretroatividade da lei mais gravosa*, permitindo-se, ao revés, a retroatividade da lei mais benigna;
- (iv) a *proporcionalidade*, do qual decorre o princípio do *non bis in idem*, vedando o sancionamento de um mesmo fato por sanções de mesma natureza ou a imposição de sanções permanentes ou desproporcionalmente gravosas;
- (v) a *culpabilidade*, que demanda a comprovação do elemento subjetivo da conduta do acusado, qual seja, dolo ou culpa. A nova Lei Anticorrupção Empresarial, no entanto, mitigou essa regra ao estabelecer um novo marco de responsabilização objetiva às pessoas jurídicas;
- (vi) o *devido processo legal*, conformado pelas garantias de contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, publicidade, motivação, autoridade administrativa natural, duplo grau administrativo, presunção de inocência e prescrição.

Esses princípios e regras já se encontram bem desenvolvidos na doutrina e jurisprudência, de modo que não carecem de maior elaboração.

¹⁶³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**..., p. 109-254.

3.1.2. Normas de interpretação e aplicação da LINDB

3.1.2.1. Normas de interpretação e aplicação do Direito Público

Nesse contexto, também se insere a recém aprovada Lei nº 13.665/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) e introduziu nove¹⁶⁴ novas disposições, arts. 20 a 29, com vistas à segurança jurídica e eficiência na aplicação do Direito Público nas “*esferas administrativa, controladora ou judicial*”.

De longa data, há uma preocupação recorrente de que no sistema normativo composto pelas leis que visam a defender a moralidade administrativa, como a Lei de Improbidade, há uma grande lacuna normativa, consistente na total ausência de preocupação com o agente público probo que, de boa-fé e com criatividade, busca inovar na gestão administrativa.¹⁶⁵

Assim, com o objeto de atribuir um marco legal ao princípio constitucional da segurança jurídica, foi elaborada a Lei nº 13.665/2018, elaborada e subscrita por Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld, dentre outros, que, nas palavras desses autores, buscou aproximar a aplicação e interpretação do Direito Público ao mundo real, reforçando a necessidade de consequencialismo e responsabilidade do aplicador do direito.¹⁶⁶

Com efeito, analisando a Lei nº 13.665/2018, Juliana Bonacorsi de Palma identificou quatro pressupostos que orientaram as inovações legislativas trazidas, quais sejam: a) a Administração interpreta e essa interpretação tem peso; b) a confiança no gestor honesto para inovar na gestão pública; c) o funcionamento da Administração Pública pode contar com maior segurança jurídica para gestores, cidadãos e controladores; e d) a qualidade das decisões públicas pode ser melhor, favorecendo a segurança jurídica.¹⁶⁷

¹⁶⁴ A Lei nº 13.665/2018 introduziu os artigos 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro contando originalmente com dez artigos, contudo o art. 25 foi integralmente vetado e outros sofreram veto parcial de seus parágrafos.

¹⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. **O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto.** Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opinio-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>>

¹⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.665: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 39-41, abr./jun. 2018, p. 41.

¹⁶⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos as Pesquisas Acadêmicas. **Sociedade Brasileira de Direito Público**. Disponível em:

Assim, no que tange às regras de interpretação estabelecidas, o art. 20 estabeleceu que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, sendo que, nos termos do art. 21, “a decisão (...) que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.” Na mesma linha, o art. 22 fixou que “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”.

Na avaliação de Valiati e Munhoz, os referidos dispositivos visam afastar a indeterminação na aplicação de decisão pautada em “valores jurídicos abstratos”, o que exige um aprimoramento da qualidade de decisões sancionatórias, especialmente. Ao ampliar o ônus argumentativo do controlador, confere maior segurança jurídica na aplicação de normas de conteúdo aberto e indeterminado, como é o caso, por exemplo, do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa, que prevê a possibilidade de configuração de ato ímprobo por afronta aos princípios da Administração Pública, conceito legal demasiadamente amplo.¹⁶⁸

Em complementação, os arts. 23 e 24 estabelecem que a decisão que impuser um novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição, de modo proporcional, equânime e eficiente, e que situações plenamente constituídas não poderão ser desconstituídas com base em mudança posterior de orientação geral.

No que tange à aplicação de sanções nas *esferas administrativa, controladora e judicial*, o art. 22, §2º fixou que deverão ser consideradas (i) a natureza e (ii) a gravidade da infração cometida, (iii) os danos que dela provierem para a administração pública, (iv) as circunstâncias agravantes ou atenuantes e (v) os antecedentes do agente. Bem assim, que as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

<<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMAJuliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>>

¹⁶⁸ VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. O impacto interpretativo da Lei nº 13.655/ 2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa-fé para inovar na Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 161-186, jul./ set 2018.

Finalmente, uma das inovações mais comentadas se refere ao art. 28, que estabeleceu que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas somente nos casos de *dolo* ou *erro grosseiro*. Trata-se de dispositivo voltado a valorizar o administrador público honesto, possibilitando que contribua com soluções criativas e eficientes para a Administração Pública, combatendo a paralisia decisória.¹⁶⁹

3.1.2.2. Normas de celebração de acordo

Na mesma linha, as recentes alterações introduzidas pela Lei nº 13.665/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42) trouxeram novos dispositivos favoráveis à celebração de acordos, notadamente os arts. 26 e 27.

Nos termos do art. 26, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, *celebrar compromisso com os interessados*, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

O supracitado compromisso deverá atender aos seguintes requisitos: (i) buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (ii) não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (iii) deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Ademais, nos termos do art. 27, §§1º e 2º, poderá ser firmado “*compromisso processual*” para o estabelecimento de compensações diversas entre as partes, inclusive de caráter pecuniário, abrindo espaço à negociação para prevenir ou regular o ressarcimento pelos benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

Nesse contexto, observa-se que os arts. 26 e 27 da LINDB podem dar suporte e legitimar a possibilidade de celebração de variados instrumentos consensuais de controle, tanto em processos judiciais (inclusive de improbidade) quanto administrativos (nos inquéritos civis e disciplinares), uma vez que os órgãos de controle (como os Controles Internos, as

¹⁶⁹ VERNALHA, Fernando. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, ano 2016, nº 71. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>

Corregedorias, os Tribunais de Contas, o Ministério Público, as Agências Reguladoras, dentre outros) não deixam de ser “autoridades administrativas”.

Nesse sentido, Luciano Ferraz entende que o art. 26 da LINDB autoriza, a juízo da autoridade administrativa ou controladora, a firmação de termos de ajustamento de conduta pelos órgãos legitimados (aqueles constantes do artigo 5º, parágrafo 6º da Lei 7.347/85), tanto nos inquéritos civis e disciplinares, quanto nas ações de improbidade administrativa, sempre que os condicionamentos exigidos forem atendidos.¹⁷⁰

Oportuno salientar que este autor traz a interessante tese de que o art. 26 da LINDB teria revogado a vedação do § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, que veda qualquer forma de transação ou acordo nessas ações, questão que é detidamente analisada em tópico posterior.

3.2. Competência para julgamento de processos sancionatórios

3.2.1. O debate acerca da extensão da prerrogativa de foro

3.2.1.1. Duplo regime sancionatório e o revogado art. 84, § 2º do CPP

A aplicabilidade de prerrogativa de foro não foi inicialmente prevista para o âmbito do Direito Administrativo Sancionador judicializado. De fato, nem a Constituição Federal nem a redação original das Leis da Ação Popular e da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, estabeleceram essa garantia funcional aos ocupantes de altos cargos.

No âmbito da improbidade administrativa, contudo, em 24 de dezembro de 2002, ao apagar das luzes do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi aprovada a Lei nº 10.628/2002, que acrescentou o § 2º ao art. 84 do CPP, prevendo a extensão legal da prerrogativa de foro penal para as ações de improbidade.

Nos exatos termos do dispositivo introduzido na lei: “Art. 84 (...) § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal

¹⁷⁰ FERRAZ, Luciano. **LINDB autoriza TAC em ações de improbidade administrativa**. Conjur. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-aco-es-improbidade-administrativa>>

competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”

Após um curto período de vigência, em 15/09/2005 foram propostas a ADI 2797 e a ADI 2860-0 contra essa alteração legislativa, por meio das quais o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que a ação de improbidade administrativa possui natureza civil, diferindo assim da ação penal, cujas hipóteses de prerrogativa de foro são enumeradas pela Constituição.

Assim, a referida Corte Suprema entendeu que, como a Constituição não estabeleceu foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, a lei ordinária não poderia prever. Desse modo, prevaleceu o entendimento de que as ações de improbidade administrativa deveriam ser julgadas por juízes de primeira instância.¹⁷¹

Contudo, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento de casos específicos, passou a criar exceções a essa decisão, apesar de sua eficácia vinculante e efeito *erga omnes*.

Primeiramente, em 13/09/2007, na Reclamação 2138/DF, o Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria, a partir de divergência inaugurada pelo Min. Gilmar Mendes, negou a aplicabilidade da Lei de Improbidade para agentes políticos sujeitos aos crimes de responsabilidade da Lei nº 1.079/50, quais sejam: 1) Presidente da República; 2) Ministros de Estado; 3) Procurador-Geral da República; 4) Ministros do STF; 5) Governadores; 6) Secretários de Estado.

Nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, que abriu a divergência e foi vencedor pela apertada maioria de 6 a 5¹⁷², os agentes políticos não estariam sujeitos ao regime da improbidade administrativa, *verbis*: “A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF,

¹⁷¹ De acordo com o voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence: “No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos Tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes. (...) Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.” (STF, ADI 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005).

¹⁷² Do quórum de votação, apenas ele e os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio permanecem no Supremo Tribunal Federal, sendo que estes dois últimos julgaram pela improcedência da reclamação.

art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. (...) Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição.”¹⁷³

Apesar disso, é interessante ainda destacar que, mesmo após a Reclamação 2138/DF, os Ministros do Supremo Tribunal Federal passaram a proferir decisões monocráticas de acordo com seu entendimento pessoal a favor ou contrário à extensão da prerrogativa de foro às ações de improbidade administrativa. A corrente minoritária a favor da prerrogativa de foro era constituída por: Min. Luiz Fux (MS 31.234, DJ 27/03/12); Min. Teori Zavascki (Pet 3240, caso “Eliseu Padilha”); Min. Gilmar Mendes (Rcl 2138, j. 13/06/2007).

Formando uma nova maioria em sentido contrário à prerrogativa de foro nas ações de improbidade, os seguintes ministros do Supremo passaram a afirmar que os agentes políticos estão sujeitos a uma “*dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos*”, a Lei 1.079/50 (crimes de responsabilidade) e a Lei 8.429/92 (improbidade administrativa), sendo inaplicável a prerrogativa de foro para a segunda: Min. Celso de Mello (Pet 5.080, DJ 01/08/13); Min. Marco Aurélio (Rcl 15.831, DJ 20/06/13); Min. Joaquim Barbosa (Rcl 15.131 DJ 04/02/13; Min. Cármen Lúcia (Rcl 15.825, DJ 13/06/13); Min. Rosa Weber (Rcl 2.509, DJ 06/03/2013); Min. Dias Toffoli (AI 556.727-AgR, DJ 06/04/12).

Por todos, vale destacar o julgamento da Pet 3.923-QO/SP, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, no qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou a tese da Reclamação nº 2.138, segundo a qual seria inaceitável que as condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, converter-se-iam em crimes de responsabilidade.¹⁷⁴

¹⁷³ STF, Rcl 2138, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007.

¹⁷⁴ “A tese é para mim inaceitável. Eu entendo que há, no Brasil, uma dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos: em primeiro lugar, existe aquela específica da lei 8.429/1992, de tipificação cerrada mas de incidência sobre um vasto rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham qualquer vínculo funcional com a Administração Pública (lei 8.429/1992, art. 3º); e uma outra normatividade relacionada à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao chefe do Poder Executivo e aos ministros de Estado, ao estabelecer no art. 85, inciso V, que constituem crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade da administração. No plano infraconstitucional, essa segunda normatividade se completa com o art. 9º da lei 1.079/1950. Trata-se de disciplinas

Atenta à nova maioria formada no Supremo Tribunal Federal, em 16/09/2013 a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça mudou de entendimento no julgamento do AgRg na Rcl 12.514/MT, para firmar o posicionamento de que o foro por prerrogativa de função não se estende ao processamento das ações de improbidade administrativa.¹⁷⁵

Desta forma, quanto ao duplo regime sancionatório, o Superior Tribunal de Justiça publicou o informativo de “Jurisprudência em Teses”, edição 40, no qual pacificou os seguintes entendimentos: “1) Os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade, ressalvados os atos ímprobos cometidos pelo Presidente da República (art. 86 da CF) e pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF; 2) Os agentes políticos municipais se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei n. 201/1967.”

Por outro lado, ainda que já estivesse formada uma clara maioria no Supremo Tribunal Federal contrária à extensão da prerrogativa de foro das ações criminais às ações de improbidade, a questão ainda não estava pacificada e alguns ministros seguiam deferindo liminares em favor da aplicabilidade do foro.

O caso mais recente diz respeito ao julgamento do AgR Pet 3.240/DF, no qual o saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, apesar de concordar com o entendimento da sujeição do agente político ao duplo regime jurídico, seguiu defendendo a extensão da prerrogativa de foro às ações de improbidade administrativa com base naqueles parâmetros fixados na Pet 3211-0 QO/DF (prerrogativa de foro para Ministro do STF).

Nas palavras de Teori Zavascki: “Embora as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não tenham natureza penal, há profundos laços de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória,

normativas diversas, as quais, embora visando, ambas, à preservação do mesmo valor ou princípio constitucional, – isto é, a moralidade na Administração Pública – têm, porém, objetivos constitucionais diversos. (...) Insisto (...). Não há impedimento à coexistência entre esses dois sistemas de responsabilização dos agentes do Estado.” (STF, Pet 3.923-QO/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 13/06/2007).

¹⁷⁵ Nos termos do ministro relator Ari Pargendler: “Salvo melhor juízo, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 2.138, DF, constituiu um episódio isolado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e tudo leva a crer que não se repetirá à vista de sua nova composição. (...) A ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade.” (STF, AgRg na Rcl 12514/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/09/2013).

visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. Com efeito, não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. (...) Somente a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal. (...) É justamente essa identidade substancial das penas que dá suporte à doutrina da unidade da pretensão punitiva (*ius puniendi*) do Estado (...).”¹⁷⁶

E conclui ponderando que: “Se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável em caso de condenação penal, não há como deixar de considerá-la ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas consequências, relativamente ao acusado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Se há, por vontade expressa do Constituinte, prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido negar tal garantia em relação às ações de improbidade, que importam, além da multa pecuniária, também a perda da própria função pública e a suspensão dos direitos políticos.”¹⁷⁷

O voto foi proferido em 19/11/2014 pelo Rel. Min. Teori Albino Zavascki na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, e foi interrompido após pedido de vistas dos autos pelo Min. Roberto Barroso.

Neste mesmo sentido, em recente artigo acadêmico o Ministro Gilmar Mendes, além de tornar a defender a impossibilidade de convivência dos dois regimes de sancionamento, também sustentou a possibilidade de extensão da prerrogativa de foro às ações de improbidade, e mesmo após a cessação do exercício do cargo, basicamente porque, em seu entender, um Tribunal (órgão colegiado) teria melhor capacidade para controlar o uso político destas ações para perseguição processual, e exemplos demonstrariam que isto costuma ocorrer após o gestor abandonar o cargo.¹⁷⁸

A tese, contudo, não prosperou e foi liquidada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na retomada do julgamento do citado AgR Pet 3.240/DF com a apresentação do voto-

¹⁷⁶ STF, AgRg na Pet. 3.240/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Segunda Turma, j. 19/11/2014.

¹⁷⁷ STF, AgRg na Pet. 3.240/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Segunda Turma, j. 19/11/2014.

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. A improbidade administrativa pelo Supremo Tribunal Federal. p. 139. In: MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidade Administrativa**: Temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

vista do Min. Barroso, ocorrido após e provavelmente em reflexo da decisão do Supremo Tribunal Federal que decidiu pela restrição da prerrogativa de foro em ações criminais contra parlamentares, pelo que se faz necessário contextualizar esse debate.

3.2.1.2. *Negativa de extensão de prerrogativa de foro a ações de improbidade*

Em 03/05/2018, no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937/RJ, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de 7 a 4,¹⁷⁹ fixou um novo entendimento em favor da restrição da prerrogativa de foro nas ações penais contra parlamentares apenas aos crimes cometidos “*no exercício do cargo*” e “*em razão do cargo*”.

De acordo com o voto do ministro Relator Luís Roberto Barroso foram fixadas as seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

Ademais, essa nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999).

De acordo com o entendimento do Relator, a atual conformação do foro por prerrogativa de função constitui uma violação aos *princípios da igualdade e da república*, conferindo um privilégio a um número enorme de autoridades¹⁸⁰, sem fundamento razoável, o

¹⁷⁹ Resultado do julgamento da QO na AP 937/RJ. À favor da restrição do foro: Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Edson Fachin, Celso de Mello, Cármen Lúcia, Marco Aurélio Mello, Rosa Weber. Contrário à restrição e/ou favoráveis a uma restrição mais abrangente: Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

¹⁸⁰ “Estima-se que cerca de 37 mil autoridades detenham a prerrogativa no país. Apenas perante o STF são processados e julgados mais de 800 agentes políticos: o Presidente da República, o Vice-Presidente, 513 Deputados Federais, 81 Senadores, os atuais 31 Ministros de Estado. A competência do STF alcança, ainda, 3 Comandantes militares, 90 Ministros de tribunais superiores, 9 membros do Tribunal de Contas da União e 138 chefes de missão diplomática de caráter permanente. Já o STJ é responsável por julgar mais de 2,7 mil autoridades, incluindo governadores, conselheiros dos tribunais de contas estaduais e municipais e membros dos TJs, TRFs, TRTs e TREs. Há, por fim, mais de 30 mil detentores de foro por prerrogativa nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça.” (Voto Barroso, p.5)

que revelaria uma manifesta disfuncionalidade do sistema ao contribuir para o congestionamento dos tribunais e morosidade nos julgamentos.

Dessa forma, para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – seria indispensável a existência de relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo, assim como definido para as demais imunidades parlamentares.

A tese prevaleceu; contudo, sofreu algumas objeções e alertas de vários ministros.

Digno de nota é o posicionamento do ministro Dias Toffoli, que alertou que o pêndulo da História continua oscilando, ora contra e ora a favor do foro especial, tendo lembrado que recentemente, no julgamento da Ação Penal nº 470/DF, popularmente conhecida como “Mensalão”, muito se comentava que se a referida ação não tivesse sido processada pelo STF, talvez nunca tivesse sido julgada. Destacou ainda que somente a partir de 2002, após a Emenda Constitucional 35, os processos contra deputados e senadores passaram a tramitar regularmente na Suprema Corte, sendo que de 1996 a 2002 não houve qualquer autuação de ação penal na Corte. Agora, contudo, o movimento do pêndulo seria outro.

Ainda de acordo com seu voto, o ministro revelou ser favorável às regras de prerrogativa de foro, em sua atual redação e interpretação, pois entende que, em uma Federação complexa e marcadamente desigual como a brasileira, quem deve julgar as autoridades máximas do país não deve ser o poder local, no caso, os juízes de primeira instância, mas sim um órgão da Nação brasileira, tendo a Constituição escolhido o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, para desempenhar esse mister.

Apesar disso, na busca do consenso, aderiu à tese da restrição intermediária proposta pelo ministro Alexandre de Moraes, pelo mérito do critério objetivo indicado, calcado exclusivamente no marco constitucional da diplomação, independentemente da natureza do crime, conforme a letra clara do art. 53 da Constituição, pela nova redação dada pela EC nº 35/2001.

Em seu entender, a definição de um critério objetivo reduziria a incerteza e a subjetividade na definição do juiz natural, uma vez que a conjugação dos critérios *exercício do mandato e em razão da função* exigirá que o próprio Supremo Tribunal Federal continue a se pronunciar, caso a caso, se o crime tem ou não relação com o mandato, visto que compete a ele definir se o processo permanece no Tribunal ou desce para a primeira instância, o que poderá

paralisar investigações em curso e, pior, gerar nulidades em investigações e processos já iniciados.

Apesar de suas reservas, interessa destacar que o ministro Dias Toffoli foi além e propôs que, não apenas para os parlamentares (deputados e senadores), a limitação ao foro também deveria ser estendida a ministros de estado, magistrados de cortes superiores e detentores de cargos estaduais e municipais, como governadores, secretários e prefeitos, que também possuem prerrogativa de foro em ações penais. Apesar disso, sua proposta não prosperou.

Na sequência, contudo, em 09/05/2018 o ministro Dias Toffoli apresentou duas propostas de súmula vinculante para restringir a prerrogativa de foro de autoridades, justificando que “a intervenção, pela via judicial, nesse sistema, deve procurar manter um enfeixamento harmônico de princípios e de regras num todo lógico, observados os princípios republicano e da isonomia”, evitando, assim, insegurança jurídica quanto à aplicação do privilégio a outros cargos.¹⁸¹

A redação das referidas propostas de súmula é a seguinte: “1) A competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo, e Judiciário e do Ministério Público, compreende exclusivamente os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública; 2) São inconstitucionais normas das Constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação da simetria.”

Nesse contexto de reconhecida insegurança jurídica, seria impescindível que o Supremo Tribunal Federal também se posicionasse quanto à questão ainda em aberto acerca da possibilidade de extensão da prerrogativa de foro das ações penais às ações de improbidade administrativa, o que não tardou a acontecer.

Pois bem, a rebote do giro interpretativo que limitou a prerrogativa de foro nas ações penais, uma semana depois, em 10/05/2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal também definiu que o foro por prerrogativa de função previsto na Constituição em relação às

¹⁸¹ Disponível na internet via: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/toffoli-propoe-sumulas-vinculantes-restringir-foro-especial>

infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa no julgamento do supracitado AgPet 3.240.

De acordo com o voto-vista do Ministro Barroso, que prevaleceu pela unanimidade dos demais ministros votantes,¹⁸² foram acolhidas pelo Plenário da Corte Suprema as seguintes teses: “1) *Os agentes* políticos, com exceção do presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil, pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa, por crimes de responsabilidade; 2) O foro especial por prerrogativa de função previsto na CF em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa que têm natureza civil.”

Deve-se salientar que a decisão também é paradigmática num terceiro ponto, referente à primeira parte da primeira tese, pois ratifica o entendimento fixado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.315.217/DF, em 22/11/2017, que rejeitou a ação de improbidade administrativa ajuizada contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, enquanto ainda se achava no pleno curso de seu mandato presidencial, sob o fundamento de que se trataria de via inadequada, haja vista que o julgamento de eventuais condutas ímprobadas imputadas ao Presidente da República (art. 85, V da Carta Magna de 1988) estão submetidas ao regime especial de julgamento pelo Senado Federal (art. 86 da Carta Magna).¹⁸³

¹⁸² A despeito dos precedentes anteriores, o voto foi acompanhado à unanimidade dos ministros presentes: Fachin, Rosa Weber, Fux, Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Cármen Lúcia. Todos divergiram do relator para negar provimento ao agravo. O ministro Alexandre de Moraes não votou porque foi o sucessor de Teori.

¹⁸³ “DIREITO SANCIONADOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA FUNDADA NA IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROMOVIDA PELO MPF EM DESFAVOR DE PRESIDENTE DA REPÚBLICA NO PLENO EXERCÍCIO DE SEU MANDATO E MAIS DOIS MINISTROS DE ESTADO. EXTINÇÃO DA AÇÃO QUANTO AOS MINISTROS DECRETADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA, COM TRÂNSITO EM JULGADO. DESCABIMENTO DA PROMOÇÃO CONTRA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA. CONFORME ORIENTAÇÃO PACIFICADA NAS CORTES SUPERIORES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. O Juízo de Primeiro Grau rejeitou a ação de improbidade administrativa ajuizada pelo douto MPF contra Presidente da República que se achava no pleno exercício do seu mandato e dois de seus Ministros de Estado. A decisão veio a ser reformada no Tribunal de Apelação (TRF da 1a. Região), apenas com relação ao Presidente da República, sob o fundamento de procedibilidade do feito sancionador, em face (i) do término do mandato presidencial e (ii) dada a ausência de prerrogativa de foro na ação regida pela Lei 8.429/92. 2. Ocorreu, neste caso, indevida simbiose conceitual entre os institutos do regime de responsabilidade política e o de competência para o processo e julgamento da ação. Esta Corte Superior já adotou a diretriz de que o julgamento de eventuais condutas ímprobadas imputadas ao Presidente da República (art. 85, V da Carta Magna de 1988) estão submetidas ao regime especial de julgamento pelo Senado Federal (art. 86 da Carta Magna). Precedentes: RCL 2.790/SC, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 04.03.2010; REsp. 1.108.490/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 11.10.2016; AgRg no REsp. 1.197.469/RJ, Rel. Min.

Pode-se afirmar, portanto, que no atual entendimento das Cortes Superiores do país, o Presidente da República é o único agente político que não se submete ao regime da improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92.

Isto posto, retornando às razões de decidir do ministro Barroso, verifica-se que o mesmo afirmou em *obter dictum* que “não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo de julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil”.¹⁸⁴

Por outro lado, reconheceu a necessidade de se garantir proteção institucional aos agentes públicos ocupantes de altos cargos, uma vez que “o exercício da função pública para as pessoas corretas e decentes passa a ser um projeto de risco, porque a pessoa deixa o cargo e passa anos defendendo a demanda (tendo que viajar a vários lugares)”.¹⁸⁵ Para este fim, contudo, sugeriu de lege ferenda a criação de um foro centralizado para o julgamento das ações de improbidade administrativa.

3.2.2. Defesa da padronização da competência para julgamento de autoridades em processos sancionatórios judiciais

3.2.2.1. O critério funcional: no “exercício do mandato” e “em razão da função”

De fato, o constituinte originário não previu expressamente o foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, contudo, não se pode afirmar que esta

NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 11.12.2015; AgRg no AREsp 265.989/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 18.02.2013. 3. A presente ação de improbidade administrativa, proposta no curso do mandato presidencial, cursa por via eleita inadequada, como bem solucionou o douto Juízo de origem, pelo que entendeu cabível o seu imediato trancamento, firmando segura diretriz judicante, cuja eficácia agora se restabelece. De fato, o § 8o. do art. 17, da Lei 8.429/92 autoriza ao Juiz a rejeitar a ação, expressando em decisão fundamentada (na verdade, em sentença) o seu convencimento sobre a inexistência do ato, a improcedência do pedido, ou a inadequação da via eleita. Os eventos determinantes dessa extinção podem ser reconhecidos em qualquer fase do processo (art. 17, § 11 da Lei 8.429/92). 4. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. Recurso Especial do recorrente conhecido e provido, em ordem a restabelecer a eficácia da sentença de Primeiro Grau.” (STJ, REsp 1.315.217 / DF, 1ª Turma, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 21/11/2017, DJe 30/11/2017)

¹⁸⁴ Notícias STF. **STF mantém competência da primeira instância para julgar ação de improbidade administrativa contra agente político.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378073>>.

¹⁸⁵ Notícias STF. **STF mantém competência da primeira instância para julgar ação de improbidade administrativa contra agente político.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378073>>.

tenha sido uma escolha deliberada, haja vista que, naquele momento, a tutela judicial do patrimônio público era feita individualmente pelo cidadão. A tutela da improbidade administrativa foi tão somente enunciada no art. 37, §4º da Constituição, sendo que a respectiva normativa legal (p não repetir lei) que estabeleceu seu regime jurídico só foi aprovada em 2 de junho 1992, através da Lei nº 8.429, cuja aplicação vem se consolidando e desenvolvendo até os dias de hoje.

Portanto, voltando os olhos para a constituinte após 30 anos, não se pode afirmar que tenha sido uma decisão deliberada, porquanto esse regime sequer existia na época. Ademais, na própria dicção do ministro Barroso, “os problemas e disfuncionalidades associados ao foro privilegiado podem e devem produzir modificações na interpretação constitucional” de modo que, ainda que não previsto expressamente, não quer significar que não mereça adaptação. Portanto, a interpretação histórica ou originalista, não depõe contra o repensar de um foro especial para as ações de improbidade contra autoridades de alto cargo.

Por outro lado, não se pode descurar que o constituinte originário previu proteção institucional para autoridades no âmbito de julgamento de ações cíveis (não penais), como a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar “(...) *o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal*” (art. 102, I, d); e a competência originária do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar “(...) *os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal*” (art. 105, I, b).

É inequívoco, portanto, que o constituinte originário atribuiu a proteção institucional às autoridades dos mais altos cargos da República justamente por meio da atribuição de competência originária aos Tribunais para o processamento e julgamento de ações constitucionais cíveis ajuizadas contra atos decorrentes do exercício desta função.

Nesse sentido, considerando que, a *ação popular* (art. 5º, LXXIII, CF/88) e a *ação de improbidade administrativa* (art., 37, §4º, CF/88) são ações constitucionais cíveis assim como o *mandado de segurança* e o *habeas data*, e que estão voltados contra atos de autoridade, é de se concluir que, no contexto de um Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa, o mesmo critério funcional e hierárquico que atribui aos Tribunais a competência originária

para o seu julgamento deva ser aplicado às ações populares e às ações de improbidade administrativa.

Afrontaria à lógica do sistema de distribuição de competências e de *checks and balances* atribuir-se a competência exclusiva ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente o mandado de segurança e o habeas data contra atos das mais altas autoridades da República, como o Presidente da República, Presidentes¹⁸⁶ da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e membros do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *d*, CF/88), mas negar esta proteção institucional em ações constitucionais cíveis mas de natureza sancionatória, com a possibilidade notória de interferência em atos políticos e atos da alçada exclusiva destas autoridades.

Portanto, numa interpretação sistemática, teleológica e integrativa do texto constitucional, verifica-se tratar do reconhecimento de uma *competência implícita* dos Tribunais para o julgamento dessas ações constitucionais cíveis, e não da mera extensão de foro, uma vez certo que naquele momento o constituinte originário não poderia prever a importância e relevância adquiridas pela ação popular e ação de improbidade administrativa na tutela da probidade administrativa, bem como das fabulosas medidas cautelares (capazes de restringir liberdades individuais e direitos políticos) que podem ser decretadas pelos juízes durante o seu processamento.

Ademais, o reconhecimento da competência originária estabelecida para o mandado de segurança para o processamento e julgamento de ações populares e ações de improbidade administrativa atenderia, na sua integralidade, aos requisitos fixados na recente decisão do Supremo, que numa “redução teleológica” definiu que a prerrogativa de função somente é válida para ilícitos praticados no “*exercício do mandato*” e “*em razão da função*”.

Primeiro, os atos atacáveis por ação popular e ação de improbidade administrativa somente são atos de agentes públicos praticados sempre “*em razão da função*” e apenas no

¹⁸⁶ A despeito da letra expressa deste dispositivo falar em “Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”, a jurisprudência tratou de reconhecer que se deve entender como seu Presidente. Vide: “A interpretação sistemática, teleológica e integrativa da CF revela a competência do Supremo para julgar mandado de segurança contra ato do presidente do Senado Federal.” (STF, MS 28.538, Rel. min. Marco Aurélio, j. 23-4-2014, P, DJE de 4-8-2014)

“*exercício do mandato (cargo, função ou múnus público)*”. Portanto, onde existe a mesma razão, aplica-se o mesmo direito (“*Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”).

Frise-se, para afastar críticas apressadas, que não se trata de concessão de privilégio pessoal, mas de garantia baseada no interesse público de resguardar a função pública ocupada, para que possa ser exercida sem interferências abusivas. Trata-se de preservar a harmonia entre os poderes e o sistema de *checks and balances*, garantindo que atos administrativos e de gestão emitidos por detentores dos mais altos cargos dos Poderes Executivo, Legislativo e inclusive do Judiciário e Ministério Público sejam apreciados pelas mais altas instâncias do Judiciário, que trazem consigo as qualidades da experiência e da colegialidade, e reforçam a responsabilidade institucional da decisão e a segurança jurídica, especialmente quanto à concessão de liminares.

Ademais, é um meio inquestionavelmente idôneo para combater as disfuncionalidades da ação popular. Assim, por exemplo, em caso de “chuva de ações populares” contra um mesmo ato de autoridade, todos os processos poderão ser facilmente reunidos no juízo prevento do órgão competente, que então proferirá uma decisão uniforme para todos os casos, evitando decisões contraditórias, insegurança jurídica e infundáveis discussões acerca da competência. De uma só vez resolveria o problema da nefasta “loteria judicial” de liminares e o incentivo à aparição midiática de um julgador singular.

Frise-se que o mesmo *princípio republicano* que, por um lado, demanda a responsabilização dos agentes públicos, por outro lado, estabelece prerrogativas e garantias para que o ofício público possa ser bem desempenhado, a despeito dos conflitos de interesses envolvidos.

Em segundo lugar, este critério estabelece uma garantia muito mais razoável e simétrica quanto à pertinência e relevância dos atos praticados pelas autoridades em questão, ao possibilitar que poder local julgue poder local, poder estadual julgue poder estadual e poder nacional ou federal julgue poder nacional ou federal, reforçando-se, assim, a responsabilidade política de instituições de mesmo nível.

Dessa forma, veja-se que, assim como previsto para o mandado de segurança, para as ações populares e ações de improbidade administrativa o Supremo Tribunal Federal será competente para julgar atos do Presidente da República, dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador Geral da República e de membros do próprio Tribunal (art. 102, I, *d*, CF/88). O Superior Tribunal de

Justiça será competente para julgar atos dos Ministros de Estado, do Comandante Geral da Marinha, da Aeronáutica e do Exército e de membros do próprio Tribunal (art. 105, I, *b*, CF/88). Os Tribunais Regionais Federais serão competentes para julgar atos de membro do próprio Tribunal ou de juiz federal (art. 108, I, *c*, CF/88). O Tribunal de Justiça de Estado, por simetria, será competente para julgar atos de Governador de Estado, de Presidente da Assembleia Legislativa, do Procurador Geral de Justiça, de membro de Tribunal de Contas do Estado e de membros do próprio Tribunal. No demais, o juízo local seguirá sendo competente para julgar ações contra atos de prefeitos, vereadores, deputados estaduais, secretários municipais e estaduais e outras autoridades municipais e estaduais.

Ademais, seria contraditório a Corte simplesmente fixar a tese de que “o foro especial por prerrogativa de função previsto na CF em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa que têm natureza civil”, mas deixar em aberto a hipótese criada no julgamento da PET 3.211/DF (DJe 13/03/2008), na qual definiu que a competência para julgar ação de improbidade administrativa proposta contra Ministro do Supremo Tribunal Federal é da própria Corte, ao entendimento majoritário de que “seria absurdo ou o máximo do contra-senso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência”.

Em terceiro lugar, a prerrogativa de foro não deve ser desacreditada como meio idôneo ao estabelecimento de proteção institucional ao desempenho da função, haja vista que, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal que restringiu a prerrogativa de foro por função para parlamentares, o Ministério Público Federal passou a defender a manutenção da prerrogativa de foro para os agentes públicos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

De acordo com os Memoriais¹⁸⁷ do Vice-Procurador-Geral da República distribuído em 14/05/2018 aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público Federal

¹⁸⁷ Nos termos dos Memoriais do Vice-Procurador-Geral da República, Luciano Mariz Maia, ao STJ:

“(...) 5. Dizendo de outro modo, é inafastável respeitar a vontade do Supremo Tribunal Federal, mas este não se manifestou sobre novo modo de interpretar o art. 105, I, *a*, da Carta Magna, segundo o qual compete ao STJ processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais.

argumenta que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi específica para os casos do art. 102, I, *b* e *c* da Constituição, de modo que permanece inalterada a interpretação e aplicação do art. 105, I, *a*, da Constituição, devendo as causas de competência originária continuarem sendo processadas e julgadas perante este Egrégio Tribunal da Cidadania.

A questão está para ser decidida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no julgamento da Questão de Ordem das Ações Penais nº 849 e 857, que têm por réus Conselheiros de Tribunais de Contas.

O relevante a ser destacado é que este mesmo juízo favorável à manutenção da aplicação da prerrogativa de função seria aplicável, *mutatis mutandis*, em favor do reconhecimento da competência implícita da prerrogativa de foro para as ações populares e de improbidade administrativa, à semelhança daquela atribuída ao mandado de segurança.

Em quarto lugar, o entendimento de que “a previsão de ação popular não se subsume a qualquer das situações taxativamente enunciadas no rol inscrito no art. 102, I, da Carta Política, que define, em *numerus clausus*, as hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal” (RTJ 43/129 - RTJ 44/563 - RTJ 50/72 - RTJ 53/776) foi firmado em momento diverso, quando a ação popular ainda ocupava papel central e era um dos únicos meios de controle de atos da administração, o que não mais se sucede.

Portanto, a decisão que assentou que a prerrogativa de foro das ações penais não se estende às ações de improbidade administrativa debateu e se fundamentou basicamente no fato

6. Dessa forma, continua válida e inalterada a competência do Superior Tribunal de Justiça, a consequência sendo a tramitação dos autos perante este Tribunal da Cidadania, até eventual e ulterior definição do Supremo Tribunal Federal quanto à incidência da mutação constitucional conferida ao art. 102, I, *b* e *c*, da CF também àquele citado dispositivo.

(...)

13. Não há parlamentar cujo juízo natural seja o Superior Tribunal de Justiça.

14. Conquanto competências originárias de tribunais – juízos naturais – sejam costumeiramente chamadas de privilégio de foro por prerrogativa de função, a elevação do juízo natural a órgãos colegiados superiores, em razão da autoridade ou poder político do titular do cargo é uma garantia constitucional de realização de um julgamento justo, por um órgão independente e imparcial.

(...)

18. A autoridade dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça transmite segurança e tranquilidade para investigados e denunciados, assim como para os cidadãos. É a garantia de que não temem nem se curvam ao Poder das elevadas autoridades nos Estados membros ou no Distrito Federal. A confiança na autoridade de suas decisões é capaz de devolver paz social.

Assim, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL está convencido de que permanece inalterada a interpretação e aplicação do art. 105, I, *a*, da Constituição, devendo as causas de competência originária continuarem sendo processadas e julgadas perante este Egrégio Tribunal da Cidadania.”

de que estas não seriam ações penais, mas antes cíveis. Contudo, não tratou de nenhuma das questões acima expostas, notadamente da incoerência sistêmica de se atribuir uma proteção institucional para o processamento de outras ações constitucionais cíveis, como o mandado de segurança e o *habeas data*, e negar essa mesma proteção institucional no âmbito destas outras ações cíveis, que acima de tudo têm caráter sancionatório.

3.2.2.2. Foro especial por prerrogativa de função segundo o modelo do mandado de segurança

O mandado de segurança é remédio constitucional previsto na Constituição Federal e regido pela Lei n.º 12.016/09. Pode ser impetrado contra ato ilegal ou abusivo de poder praticado por autoridade. Para se definir que órgão será competente para processar e julgar o mandado de segurança deve-se verificar quem cometeu o ato (autoridade passiva). A competência para processar e julgar determinadas pessoas jurídicas que cometam ato ilegal ou abusivo de poder que tenham foro privilegiado é determinada pelo critério funcional e hierárquico.

Assim, de acordo com o art. 102, I, “d”, da CF/88, o Supremo Tribunal Federal será competente para julgar ato do Presidente da República, da Mesa da Câmara e Mesa do Senado, do Procurador Geral da República, do Presidente do Tribunal de Contas da União e do próprio Supremo.

O Superior Tribunal de Justiça, por força do art. 105, I, “b”, da CF/88, será competente para julgar no âmbito cível ato dos Ministros de Estado, do Comandante Geral da Marinha, da Aeronáutica e do Exército.

Os Tribunais Regionais Federais, conforme o art. 108, I, “c”, da CF/88, são competentes para julgar mandado de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal.

Finalmente, por simetria constitucional, o Tribunal de Justiça de Estado será competente no âmbito cível para julgar Mandado de Segurança impetrado em face de Governador de Estado, Tribunal de Contas do Estado e contra o próprio Tribunal de Justiça.

Assim, caso fosse seguido o modelo constitucional do mandado de segurança e adotado um foro especial por prerrogativa de função para as ações populares e as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, na prática, no âmbito estadual apenas as ações

propostas contra os Chefes do Executivo e do Legislativo teriam o seu processamento verticalizado no Tribunal de Justiça, que poderia contar com juízes instrutores especializados para promover o rápido processamento e julgamento dos feitos.

Neste ponto, faz-se oportuno debater a sinalização feita pelo Ministro Roberto Barroso ao final de seu voto ao Legislativo, sugerindo a criação de um foro centralizado para o julgamento das ações de improbidade administrativa como medida de proteção institucional para as autoridades. A ideia é oportuna e não é nova, já tendo sido operacionalizada por diversos Tribunais, porém com fins diversos.

Como exemplo, pode ser citada a experiência adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado Paraná - TJPR. Em 2014, com o objetivo de atender à Meta 4¹⁸⁸ do Conselho Nacional de Justiça, o Órgão Especial do TJPR aprovou a Resolução nº 110/2014, que autorizou: “Art. 1º. O Presidente do Tribunal de Justiça poderá designar, no mínimo, seis (06) Juízes de Direito Substitutos da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba para atuarem com exclusividade e jurisdição plena nos feitos afetos a regime de mutirão ou força tarefa que lhes forem atribuídos pelo Corregedor-Geral da Justiça.” Na sequência, por meio da Portaria nº 3345-D.M de 25.07.2014, o Presidente do Tribunal designou tais magistrados para atuarem na força tarefa e mutirão dos processos afetos à META 4 de 2014 do CNJ.

Em razão deste expediente, todas as ações de improbidade administrativa que já estivessem com audiências de instrução já realizadas eram remetidas a esta força tarefa de juízes substitutos, centralizada no Tribunal de Justiça, para o encerramento da instrução e sentenciamento.

É curioso destacar, contudo, que os Promotores de Justiça, à época, se opuseram a este procedimento e alegaram ofensa ao princípio do juiz natural, o que, contudo, foi desconsiderado pelo Tribunal, com base em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que fixou que: “A convocação de juízes para atuar em regime de mutirão, para casos específicos, não acarreta ofensa ao princípio do juiz natural. Precedentes.”¹⁸⁹

¹⁸⁸ Meta 4 - Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Militar da União, Justiça Militar Estadual e Superior Tribunal de Justiça Identificar e julgar até 31/12/2014 as ações de improbidade administrativa e as ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, sendo que: na Justiça Estadual, na Justiça Militar da União e nos Tribunais de Justiça Militares Estaduais, as ações distribuídas até 31 de dezembro de 2012, e na Justiça Federal e no STJ, 100% das ações distribuídas até 31 de dezembro de 2011, e 50% das ações distribuídas em 2012.

¹⁸⁹ STJ, AgRg no Ag 1144852/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 22/10/2013.

Na prática, a situação revela que mesmo com um Poder Judiciário estadual bem organizado como o Estado do Paraná, o acúmulo de demandas é fato certo igualmente nas varas de primeiro grau, de modo que processos relevantes à tutela do patrimônio público, como as ações de improbidade administrativas, têm trâmite demorado e deixam de ser julgados no tempo esperado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, esta prática não difere em muito daquela adotada pelos Tribunais para o julgamento de ações penais com prerrogativa de foro, para as quais a Lei nº 12.019/09 possibilitou aos Tribunais Superiores convocarem Desembargadores e Juizes de varas criminais estaduais e federais para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato. Trata-se da convocação dos chamados “juizes instrutores”, que preparam toda a instrução processual e minuta de voto para a análise dos relatores, agilizando o julgamento dos feitos.¹⁹⁰

Em suma, se por um lado o amadurecimento das instituições resultou na necessidade de revisão da prerrogativa de foro criminal, por outro lado, o mesmo amadurecimento, especialmente a consolidação do Ministério Público como o grande responsável pela tutela coletiva do patrimônio público, também demanda a revisão do modelo vigente de processamento e julgamento das ações de improbidade administrativa e, principalmente, das ações populares, em reforço da atuação institucional e colegiada dos órgãos oficiais de controle.

A despeito disso, tudo leva a crer que esse passo não deverá vir do Judiciário, mas a mudança somente poderá vir do Legislativo, no qual tramita a PEC 333/17 acerca da prerrogativa de foro, para a qual a Câmara dos Deputados instalou uma comissão especial para análise após estas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.¹⁹¹

Esta seria uma oportunidade ímpar de o constituinte derivado fazer uma reanálise dos foros especiais por prerrogativa de função em processos sancionatórios e, consoante a sinalização do Supremo Tribunal Federal de que não quer mais deter estas competências originárias e busca transformar-se mais em Corte Constitucional, quiçá atribuir as prerrogativas

¹⁹⁰ CONJUR. **Juizes agilizam tramitação de processos penais no STF**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-set-07/juizes-instrutores-agilizam-tramitacao-processos-penais-stf>>

¹⁹¹ Migalhas. **Câmara instala comissão para discutir restrição ao foro privilegiado em crimes comuns**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI279894,41046-Camara+instala+comissao+para+discutir+restricao+ao+foro+privilegiado>>

de foro das mais altas autoridades da República para o Superior Tribunal de Justiça reformulando o sistema como um todo.

3.3. Sanções administrativas e seu regime de execução

3.3.1. Cumulações de sanções administrativas e non bis in idem

3.3.1.1. Cumulação de sanções em processos sancionatórios

Demonstrou-se que, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador judicializado, há uma superabundância de processos punitivos e possibilidade de incidência de penas sobrepostas, o que apenas reforça a assistemática entre as instâncias repressivas e gera forte insegurança jurídica ao jurisdicionado.

Assim, veja-se que, no âmbito da improbidade administrativa, a sentença de procedência da ação pode resultar na aplicação das seguintes sanções, dispostas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992: (i) perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente; (ii) ressarcimento integral do dano; (iii) perda da função pública; (iv) suspensão temporária dos direitos políticos de 03 a 10 anos; (v) pagamento de multa civil; e (vi) proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Por sua vez, em caso de apuração paralela dos mesmos fatos mediante ação popular, a sentença condenatória também poderá impor (i) a declaração de nulidade dos atos ilegais praticados; e (ii) sanção de ressarcimento ao erário.

Outrossim, no caso de os ilícitos em questão terem contado com a participação de pessoa jurídica, as supracitadas sanções podem ser cumuladas com as sanções introduzidas pela Lei nº 12.846/2013, o que, na esfera administrativa, pode importar na aplicação de (i) multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício da empresa; (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º); e, na esfera judicial, pode resultar nas sanções de (iii) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; (iv) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (v) dissolução compulsória da pessoa jurídica; (vi) proibição de receber incentivos, subsídios,

subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas (art. 19).

Por sua vez, no âmbito do Direito Administrativo Sancionatório de controle, os Tribunais de Contas, no exercício de suas competências fiscalizatórias e sancionatórias, poderão aplicar, de modo isolado ou cumulativo: (i) multa pelo ato irregular, ilegítimo ou antieconômico; (ii) sanção de ressarcimento de valores; (iii) multa proporcional ao valor do prejuízo causado ao erário; (iv) inabilitação do responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública; (v) declaração de inidoneidade do responsável, por fraude em licitação, para participar, por até cinco anos, de certames licitatórios promovidos pela administração pública; (vi) decretação de medidas cautelares, como suspensão de atos e contratos, pagamentos e indisponibilidade de bens.

Destaque-se, ainda, que as condenações em processos administrativos sancionatórios também podem gerar a aplicação de outras sanções político-administrativas no âmbito eleitoral, com graves consequência aos gestores públicos, por força da Lei de Inelegibilidades (LC nº 64/1990), notadamente após as alterações trazidas pela Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010).

Por exemplo, os gestores que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, poderão ser declarados inelegíveis para os 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão (art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90).

Para esse fim, o Tribunal de Contas encaminha ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE), no prazo previsto em legislação específica, a relação dos responsáveis que tiveram suas contas julgadas irregulares em decisão transitada em julgado, ou seja, da qual não caiba mais recurso (art. 170, LO-TCE/PR). Contudo, a avaliação da declaração da inelegibilidade compete à Justiça Eleitoral.

Bem assim, os gestores que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, também poderão ser declarados inelegíveis desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos (art. 1º, I, “l”, da LC nº 64/90).

Assim, a acumulação de instâncias, processos de apuração e sanções impostas podem gerar questionamentos acerca da eventual violação do princípio da vedação ao *bis in idem*, que proíbe a imposição de punições repetidas pelos mesmos fatos.

3.3.1.2. Vedação ao *bis in idem*

O art. 37, §4º da Constituição consagrou o princípio da independência das instâncias, o que significa dizer que um mesmo ilícito pode sofrer reprimendas distintas nas esferas cível, penal e administrativa sem que isso signifique transgressão ao princípio do *non bis in idem*.

Neste contexto normativo em que doutrina atribui um sentido forte (quase estanque) ao princípio da independência das instâncias, torna-se difícil apresentar soluções ao problema da sobreposição de sanções, ainda que de idêntica natureza. A regra geral é que cada esfera pode conduzir seu processo de responsabilização e aplicar as correspondentes sanções de forma autônoma.

Muitas propostas foram e seguem sendo feitas nesse sentido, porém sem sucesso. Por exemplo, Denilson Marcondes Venâncio sustenta que a sentença penal condenatória de crime funcional, com trânsito em julgado, que: (i) condene o acusado nas penas de reclusão e (ii) multa; (iii) torne certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, dependente ou não de liquidação no cível; (iv) determine a perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor, em favor do poder público; (v) decrete a perda do cargo, emprego ou função pública ou, ainda, mandato eletivo; e (vi) a suspensão dos direitos políticos (arts. 32, 91 e 92, CP; arts. 63, 387, IV, CPP; art. 475N, II, CPC; art. 15, III, CF; e art. 1º, I, “e”, nº “1”, LC nº 64/90), esgotará a responsabilidade administrativa sancionatória, à exceção das sanções de proibição de contratar com o poder público e/ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios previsto na Lei de Improbidade Administrativa.¹⁹² Essa posição, contudo, não representa a realidade da *práxis* judicial.

Especificamente quanto ao debate da aplicação de mais de uma sanção na esfera administrativa, merece destaque a proposta de Érica Mendes de Carvalho que sustenta que o direito pátrio admite a possibilidade se respeitada a *teoria da triplíce identidade*, advinda do

¹⁹² VENÂNCIO, Denilson Marcondes. *Non bis in idem* e as sanções administrativa, improbidade e penal. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, p. 2640, nov. 2013, p. 11.

Processo Civil, que, aplicada ao Direito Sancionador, consistiria em afirmar que só ocorrerá *bis in idem* se houver sanções que tenham identidade cumulativa dos três elementos: autor, fato e fundamento no mesmo ramo do Direito.¹⁹³

De fato, o princípio do *non bis in idem* não veda ao legislador a possibilidade de atribuir mais de uma sanção administrativa a uma mesma conduta. Isso não quer dizer, contudo, que não haja limites para a aplicação de sanções de mesma natureza e finalidade, notadamente no âmbito do Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa proposto. Com fundamento no princípio da proporcionalidade, e mediante uma interpretação sistemática e integrativa, há de se buscar regras de compensação ou ao menos de exasperação para sanções de mesma natureza e finalidade.

Apesar de não possuir previsão constitucional explícita, o princípio do *non bis in idem* é identificado como um princípio basilar de Direito Administrativo Sancionador e decorre diretamente das garantias constitucionais da proporcionalidade e do devido processo legal, em sua acepção substantiva. Ademais, considerando que, a rigor, o princípio do *non bis in idem* se vincula mais à atividade interpretativa do que a prescrições genéricas, é possível propor algumas balizas à sua aplicação no Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa.

Primeiro, é necessário reconhecer que a vedação ao *bis in idem* não tem juridicidade para impedir a instauração e apuração de ilícitos pelos diferentes regimes punitivos que o integram. Assim, por exemplo, um suposto ato ilícito cometido em licitação não impedirá a instauração dos processos apuratórios das diferentes autoridades competentes, como, por exemplo, de representação ou tomada de contas pelos Tribunais de Contas; de ação de improbidade administrativa pelo Ministério Público; de processo administrativo de responsabilização pelo órgão competente (CGU no âmbito federal) com base na Lei Anticorrupção Empresarial.

Segundo, a ausência de previsão legal explícita de regras de exasperação não impede que, com fundamento no princípio da proporcionalidade, sejam aplicadas, por analogia, regras penais de concurso delitivo (concurso formal e/ou concurso material) ou crime continuado dos arts. 70 e 71 do Código Penal, em favor da atenuação de repetições e cumulações que se mostrem abusivas. A título de exemplo, o Tribunal de Contas do Estado do

¹⁹³ CARVALHO, Érica Mendes de. Duplicidade de sanções ambientais e o princípio do *non bis in idem*. In: **Pensar**, Fortaleza, v.18, n.2, p. 431-469, mai./ago. 2013.

Paraná possui inúmeros precedentes nesse sentido, uma vez que sua Lei Orgânica e Regimento interno não prescrevem regras específicas a esse propósito.

Terceiro, na execução das sanções é necessário considerar a existência de outras sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. Por exemplo, a sanção de restituição de valores, que possui natureza ressarcitória, e não repressiva, não pode ser aplicada mais de uma vez, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. Nesse caso, é imperativa a aplicação de regras de compensação entre os valores ressarcidos nas diferentes instâncias repressivas.

De modo semelhante, no caso de aplicação de sanções repetidas de proibição de contratação e/ou de exercício de cargo público pelos mesmos fatos, os períodos de duração das sanções deverão ser equalizados no caso concreto, a fim de evitar a fixação de períodos abusivos.

Em verdade, esse postulado passou a ser exigência legal, por força do recém introduzido art. 27 da LINDB, que estabeleceu que “a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”.

Em quinto lugar, mas sem encerrar a questão, poderá haver aplicação analógica dos entendimentos jurisprudenciais e disposições legais relativos à dosimetria da aplicação das sanções referentes aos diplomas que integram o Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa.

Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a tese de que “o magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração”,¹⁹⁴ o que, evidentemente, pode ser aplicado por analogia para os demais processos de responsabilização do microsistema.

Da mesma forma, os parâmetros estabelecidos nos REsp nº 505.068/PR e 300.184/SP pelo Superior Tribunal de Justiça para a aplicação do princípio da proporcionalidade na seara da improbidade administrativa também podem ser invocados à ponderação das demais instâncias, a saber: (a) a lesividade e a reprovabilidade da conduta do agente ímprobo; (b) o elemento volitivo da conduta, ou seja, se o ilícito foi praticado com dolo

¹⁹⁴

STJ - Jurisprudência em Tese - Ed 40 - Improbidade Administrativa II - item 13.

ou culpa; (c) a consecução do interesse público; (d) a finalidade da norma sancionadora e (e) o histórico funcional do agente.

Mais recentemente, o art. 22, § 3º, da LINDB parece ter pacificado o assunto, ao exigir que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

Em suma, é oportuno salientar que recentemente o legislador introduziu critérios gerais de observância na aplicação de sanções nas esferas administrativa, controladora e judicial nos arts. 22, §2º e 27 na LINDB. Portanto, na dosimetria das sanções aplicadas no Microsistema de Combate à Corrupção deverão ser considerados: (i) a natureza e a gravidade da infração cometida, (ii) os danos que dela provierem para a administração pública, (iii) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; (iv) os antecedentes do agente; e (v) o número de sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato aplicadas ao responsável.

3.3.2. *Momento de execução das sanções administrativas*

3.3.2.1. *Virada jurisprudencial em favor da possibilidade de execução antecipada de pena após decisão de 2º grau*

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, que prescreve que: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

A interpretação dessa garantia individual, desde antes da Constituição vigente, era no sentido de que, em razão da presunção de inocência, a execução definitiva de sanções penais somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado de sentença condenatória, não se legitimando a possibilidade de execução provisória da pena.¹⁹⁵

Recentemente, contudo, ao julgar a Ordem de Habeas Corpus 126.292/SP em março de 2016, o Supremo Tribunal Federal flexibilizou o princípio da presunção de inocência,

¹⁹⁵ Nesse sentido, citem-se julgados do decano do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello: HC 67.707/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07/11/1989 – HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 13/08/1996 – HC 79.812/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 08/11/2000 – HC 84.859/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 14/12/2004, dentre outros.

seguindo a legislação e jurisprudência que não exigem o término de todos os recursos para a execução de sanções de natureza penal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda, sequer admitia que o nome do réu fosse lançado no rol de culpados, razão pela qual o Plenário do STF formulou juízo negativo de recepção do art. 393 do CPP, hoje derogado pela Lei nº 12.403/2011, bem como do § 1º do art. 408 do CPP, na redação anterior à Lei nº 9.033/1995, por se revelarem materialmente incompatíveis com a vigente Constituição Federal (art. 5º, LVII).

Contudo, esse entendimento consolidado foi radicalmente alterado no julgamento das liminares das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44, de autoria do Partido Nacional Ecológico (PEN) e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ocasião em que, em juízo sumário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de 6 a 5, decidiu que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

O ministro Edson Fachin abriu divergência em relação ao relator e votou pelo indeferimento da medida cautelar, dando ao art. 283 do CPP interpretação conforme a Constituição, no sentido de afastar a interpretação segundo a qual a norma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias. Ele defendeu que o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

Seguiu argumentando que a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta. Desse modo, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de uniformizadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. Segundo ele, retomar o entendimento anterior ao julgamento do HC 126292 não é a solução adequada e não se coaduna com as competências atribuídas pela Constituição às cortes superiores. Por fim, afastou o argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial ao réu, entendendo que tais regras se aplicam apenas às leis penais, mas não à jurisprudência.

Posteriormente, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152752, impetrado pelo presidente Luis Inácio “Lula” da Silva contra sua prisão após condenação em 2ª instância, por

apertada maioria de 6 a 5, o Plenário da Suprema Corte manteve o entendimento firmado. Pende ainda de julgamento o mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44, da relatoria do ministro Marco Aurélio, que definirá com eficácia vinculante essa questão, contudo, já há maioria formada no Plenário do Supremo em favor da manutenção dessa possibilidade.

Finalmente, recentemente o Supremo Tribunal Federal autorizou a execução provisória de pena restritiva de direitos após condenação em segunda instância no Recurso Extraordinário (RE) 1161548, igualmente de relatoria do Ministro Edson Fachin. No caso concreto, o réu foi condenado pelo crime de falsificação de documento público à pena de dois anos de reclusão em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana.

Em sua decisão, o ministro Edson Fachin lembrou que o Supremo, em diferentes precedentes, fixou jurisprudência segundo a qual a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Assim, reconheceu que a possibilidade de execução provisória da pena não está restrita às penas privativas de liberdade.

Nesse contexto, resta em aberto a questão referente à possibilidade de execução provisória e antecipada das sanções administrativas que exigem o marco do trânsito em julgado, à luz da recente virada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em favor dessa possibilidade no âmbito de penas criminais.

3.3.2.2. Execução antecipada e provisória de sanções administrativas

Diante dessa virada jurisprudencial, não tardou para que juristas questionassem o princípio da presunção de inocência no âmbito de processos sancionatórios judiciais, sendo que as primeiras manifestações passaram a defender a possibilidade de extensão do entendimento em favor da execução provisória da pena à seara das sanções da improbidade administrativa.

Nesse sentido, César Dario Mariano da Silva defendeu que a decisão do Supremo que permitiu a execução provisória da pena na seara processual penal pode perfeitamente ser aplicada no âmbito das ações por ato de improbidade administrativa, sendo que o entendimento contrário poderia acarretar situações desarrazoadas, subvertendo a lógica do sistema. Assim, por exemplo, um agente público processado e condenado por crime de corrupção poderia ter a

sanção penal (mais grave) imediatamente executada após decisão de segundo grau, enquanto que, no caso de condenação dos mesmos fatos na esfera da improbidade administrativa, a sanção civil (menos grave) deverá aguardar o esgotamento de todos os recursos cabíveis (trânsito em julgado), não havendo lógica para o tratamento diferenciado.¹⁹⁶

De fato, as recentes decisões do Supremo estão a exigir um repensar acerca do momento de execução das sanções nas demais instâncias sancionatórias. Discorda-se, contudo, de que essa extensão possa ser feita de modo geral e irrestrito, sem levar em conta as peculiaridades de cada regime jurídico.

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que a virada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal não ocorreu com uma preocupação sistêmica, a fim de que repercutisse em outras sanções assemelhadas, mas antes com o objetivo particular de atender à demanda social em favor de maior celeridade e efetividade do Processo Penal. Portanto, a extensão desse entendimento deve ser analisada *cum grano salis*.

No âmbito específico da improbidade administrativa, por exemplo, são previstas as seguintes sanções: (a) perda de bens ou valores acrescidos indevidamente; (b) perda da função pública; (c) suspensão temporária dos direitos políticos; (d) pagamento de multa civil; (e) ressarcimento do dano; e (f) proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Dentre essas sanções, há aquelas que possuem caráter nitidamente civil como, por exemplo as penas de multa, perda de bens ou valores e ressarcimento do dano, que desde sempre admitem o rito da execução provisória do Código de Processo Civil. Nenhuma novidade quanto a essas sanções, portanto.

Por outro lado, há duas sanções de natureza política-administrativa, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, que estão previstas no próprio § 4º do art. 37 da Constituição, em relação às quais o art. 20 da Lei nº 8.429/92 estabeleceu expressamente que somente se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Note-se que as sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos possuem vinculação e impacto direto com o princípio e regime constitucional

¹⁹⁶ Disponível na internet via: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-28/cesar-dario-sancoes-improbidade-podem-execucao-provisoria>

democrático, e têm como consequência o afastamento do cidadão da vida pública, consistindo, portanto, pena de extrema gravidade e impacto ao sancionado.¹⁹⁷

Ademais, a Lei da Ficha Limpa entregou à Justiça Eleitoral a competência privativa para o julgamento da questão, além de disciplinar as hipóteses em que a condenação por ato de improbidade é causa de inelegibilidade, que, conforme art. 1º, I, alínea “l”, da Lei Complementar nº 64/1990, incidiria para: “os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;”.

Entende-se, assim, que a mera interpretação analógica não pode afastar ou desconsiderar esse contexto normativo específico, razão pela qual as referidas sanções não comportam execução provisória ou antecipada.

Entendimento semelhante pode ser feito em relação à pena de proibição de contratação com o Poder Público, que é sanção passível de ser aplicada por diversas instâncias de controle (via ação de improbidade, via Tribunais de Contas, via Administração, via Lei Anticorrupção) e se destina prioritariamente às pessoas jurídicas, de modo que, nessa perspectiva, pode importar na pena mais grave, equivalente a uma “pena de morte” a depender do ramo de atividades da empresa, com inexoráveis reflexos aos seus funcionários.

Verifica-se, ademais, que a preocupação com a preservação da empresa tem norteado recentes legislações sobre o tema, como a Lei Anticorrupção Empresarial, que previu a possibilidade de celebração do acordo de leniência pela pessoa jurídica, que consistiria no reconhecimento da prática delitiva, com pagamento de multa e ressarcimento do dano, e indicação das pessoas físicas responsáveis pelo ato para processo individual, em troca da preservação da empresa.

Portanto, sem exaurir a questão, o que se pretende ressaltar é que a possibilidade (ou não) de extensão desse entendimento nunca deve ser automática, mas dependerá de análise em concreto de cada sanção.

¹⁹⁷ DIAS TOFFOLI, José Antônio. Improbidade Administrativa e seus Reflexos sobre a Elegibilidade do Cidadão. In: MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidade Administrativa**: Temas atuais e Controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 169-175.

3.4. A expansão da justiça negocial em processos sancionatórios

3.4.1. *O debate quanto à possibilidade de transação em processos sancionatórios*

3.4.1.1. *Consensualismo e superação da indisponibilidade do interesse público*

Tradicionalmente entendia-se que o Direito Administrativo é caracterizado pelo exercício da autoridade e pela vinculação à lei. Para tanto, a Administração Pública pode aplicar ordens unilaterais e exigir seu cumprimento, aplicando a respectiva sanção em caso de não observância. Dessa forma, por estar vinculada à lei, a Administração não poderia cogitar de qualquer “acordo de vontades” na aplicação dessas competências.

Atualmente, contudo, tem-se admitido a introdução de algum nível de negociação/contratualização no âmbito de competências administrativas tradicionalmente autoritárias e unilaterais, em favor da substituição da aplicação de sanções por transações ou acordos.

Assim, em contraposição à atuação imperativa e sancionadora do Poder Público, surge a atuação administrativa consensual como instrumento que propicia a simplificação e abreviação dos processos sancionatórios, com redução de procedimentos e custos (economicidade) e rápida resolução de questões (celeridade), mediante o acordo de vontades entre jurisdicionado e Administração.

Essa mudança de entendimento pressupõe a superação do paradigma da indisponibilidade do interesse público¹⁹⁸ em favor de métodos de resolução consensual de conflitos.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Acerca do debate crítico acerca do princípio da supremacia do interesse público ver: GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 251-324.

¹⁹⁹ MACHADO, Fernando. **Indisponibilidade do Interesse Público**: Reflexos do Novo CPC para a resolução consensual dos conflitos. Curitiba: Juruá, 2016, p. 47.

Assim, em primeiro lugar, é necessário que se tenha claro que nem todo direito que envolve a Administração Pública é indisponível.²⁰⁰ Ademais, consoante o entendimento majoritário, mesmo nos casos de direitos reconhecidos como indisponíveis será possível a transação sobre forma e prazos de cumprimento da obrigação específica, quando proporcione uma melhor solução ao interesse público.²⁰¹

Conforme observa Juliana Bonacorsi de Palma, o consensualismo abre as portas para a “*atuação administrativa consensual*”, usualmente um acordo ou termo de ajuste, que acarretem o encerramento de processos sancionatórios, em substituição ao modelo punitivista clássico fincado na aplicação de sanções.²⁰²

Destaque-se que o Direito Administrativo Espanhol, inspirado na Lei Federal de Processo Administrativo alemã (BVerwVfG) de 1976, introduziu em seu ordenamento contraordenacional a possibilidade de encerramento consensual (*terminación convencional*) de processos sancionatórios, nos termos do art. 88 da *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* de 1992.²⁰³

²⁰⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**: inovações, alterações e supressões comentadas. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2015, pág. 45.

²⁰¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; SCHOLZE, Victor. A solução consensual de conflitos na Administração Pública promovida pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4517, 13nov. 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/44481/a-solucao-consensual-de-conflitos-na-administracao-publica-promovida-pelo-novo-codigo-de-processo-civil> >

²⁰² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. 1. Ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 42-54.

²⁰³ “Artículo 88. *Terminación convencional*.

1. *Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.*

2. *Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.*”

3. *Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.*

4. *Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.*”

Com efeito, o incremento da atividade consensual da Administração Pública é um fenômeno cada vez mais frequente e normal. Nesse caminho, as alterações legislativas têm se orientado no sentido de atribuir uma habilitação de caráter geral para a Administração pactuar e contratar na ocasião do exercício ordinário de seus poderes, tanto na fase da tomada da decisão, quanto na fase da resolução recursal de sua impugnação.

Nessa linha, Luciano Parejo Alfonso anota que a novidade dos acordos substitutivos de sanções, portanto, radica justamente no fato de que a vontade dos interessados contribui para definir e realizar o interesse público, estabelecendo os termos e condições das relações jurídicas administrativas concretas. Trata-se de uma forma alternativa de desenvolvimento da atividade administrativa unilateral, o que justifica uma reflexão acerca de sua estrutura dogmática.²⁰⁴

Com esse propósito, o autor desenvolve a seguinte classificação dos atos consensuais:²⁰⁵ Em primeiro lugar, quanto ao efeito sobre o procedimento (ao exercício do poder administrativo): 1.1) atos consensuais finalizadores do procedimento ou substitutivos de decisão: que também configuram uma decisão, porém consensualizada em seu conteúdo e alcance; e 1.2) atos consensuais não finalizadores do procedimento ou não substitutivos de decisão: que estabelecem deveres laterais para a substituição do ato, ainda que sempre vinculados a um ato que encerre o procedimento.

Segundo, quanto ao grau de regulação da relação jurídico administrativa: 2.1) atos consensuais-marco: que são atos iniciais que encerram o procedimento, mas não a relação jurídica administrativa, fixando as condições e termos (as regras do jogo) para sua futura extinção; e 2.2) atos consensuais em sentido estrito que, de plano, concretizem o acordo.

Terceiro, quanto ao conteúdo das obrigações: 3.1) atos consensuais de execução: que se tratam de atos que fixam os termos e condições da execução e se desenvolvem em âmbitos de incerteza de aplicação normativa; e 3.2) atos consensuais de intercâmbio: que seriam aqueles que estabelecem contraprestações em favor da Administração, as quais não poderiam ser demandadas pelas normas objetivas pertinentes; 3.3) atos de curta duração e simples; e 3.4) atos de longa duração e complexos.

²⁰⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. **Manual de Derecho Administrativo**. 5ª ed., Barcelona: Ariel, 1998, p. 752.

²⁰⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. **Manual de Derecho Administrativo...**, p. 760-771.

Quarto, quanto ao momento de sua celebração: 4.1) pré-acordos: vinculantes, que estipulem atuações prévias e/ou preparatórias para a resolução futura do procedimento (como deveres de informação ou consulta); ou não vinculantes, que estipulem facilidades para certas atuações já previstas na regulamentação setorial; 4.2) acordos parciais: que possuam tanto conteúdo substantivo quanto procedimental; e 4.3) acordos de arbitragem: que podem ser celebrados quando permitido pela regulamentação setorial, para o fim da resolução de controvérsia surgida por meio de arbitragem ou conciliação.

No Direito Brasileiro, Fernando Dias Menezes de Almeida denomina esses atos consensuais como *módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da Administração*, remetendo aos casos de atuação consensual, como acordos em desapropriações, compromissos de cessação de prática na legislação concorrencial, compromissos de ajustamento de conduta lesivas ao patrimônio público, ou no exercício do poder de polícia.²⁰⁶

No momento em que redigiu sua obra, Menezes de Almeida observou que na legislação brasileira não há uma previsão geral de processo administrativo que autorize a Administração a celebrar acordos em substituição à sua decisão unilateral, mas que também não há uma vedação, sendo que algumas leis preveem expressamente essa possibilidade, como os *compromissos de ajustamento de conduta (TAC)* da Lei de Ação Civil Pública, e os *compromissos de cessação de prática (TCC)* da Lei de Defesa da Concorrência.²⁰⁷

Desenvolvendo mais a ideia, Carlos Ari Sundfeld defendeu que a viabilidade de aceitação dos acordos substitutivos de atos unilaterais (notadamente de sanções) depende de o sistema normativo se tratar de um *sistema fechado* ou *aberto*. Nos sistemas abertos há previsões normativas que autorizam as autoridades administrativas a negociar com o acusado, para evitar ou encerrar processos administrativos, sendo que essa atribuição de poder para negociar se faz por norma de hierarquia igual ou superior às que estabelecem o ato unilateral a ser aplicado pela Administração. Assim, por exemplo, se for um dever constituído por lei, poderá ser substituído por lei. Se for um dever constituído por regulamento administrativo, bastará outro regulamento.²⁰⁸

²⁰⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.302-303.

²⁰⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**..., p.305-306.

²⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**..., p. 9-27.

A partir dessas lições iniciais, muitas inovações legislativas foram introduzidas no sentido de consolidar um novo paradigma da consensualidade, conforme a seguir exposto.

3.4.1.2. Inovações legislativas em favor da celebração de acordos

Nesse influxo, de maneira inédita, inúmeros diplomas legislativos têm sido reformados e introduzidos em nosso ordenamento jurídico abrindo espaço à atuação de instrumentos de transação e negociação em processos judiciais e administrativos, em superação ao paradigma da indisponibilidade do interesse público.

Assim, por exemplo, podem ser citadas a Lei nº 13.129/15 (Arbitragem na Administração Pública); a Lei nº 13.140/15 (Autocomposição de Conflitos e Mediação na Administração Pública); novos dispositivos do NCPC/2015; e as recentes alterações da LINDB.

A iniciar pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), observa-se que o mesmo acolheu a perspectiva da solução consensual de conflitos e conferiu grande destaque para a conciliação e a mediação, dedicando uma seção inteira ao tema no Capítulo III, bem como instituiu mecanismos fundamentais para solução dos conflitos e preferência pela autocomposição.

Ademais, o art. 174, III, do NCPC/2015 confere uma habilitação de caráter geral para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverem, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta para a solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Nessa linha, publicou-se o novo marco regulatório da atuação consensual da Administração Pública Federal (Lei nº 13.140/15) que regulou a autocomposição de conflitos para os órgãos da Administração Direta, suas autarquias e fundações. Consoante estabelece seu art. 3º, “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. E, ainda, preconiza o art. 33 que “enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei”.

No que tange a processos sancionatórios, o art. 36, §4º, da Lei nº 13.140/2015 instituiu a possibilidade de composição extrajudicial nos casos em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou haja decisão do

Tribunal de Contas da União, dependendo, contudo, de anuência do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Relembre-se, ainda, as recentes alterações na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42) que trouxeram importantes dispositivos favoráveis à celebração de acordos, conforme já tratado em tópico anterior.

Nos termos de seu art. 26, a autoridade administrativa poderá *celebrar compromisso com os interessados*, mediante o qual: (i) buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (ii) não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral; e (iii) deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Ainda, nos termos do art. 27, §§1º e 2º, poderá ser firmado “*compromisso processual*” para o estabelecimento de compensações diversas entre as partes, inclusive de caráter pecuniário, abrindo espaço à negociação para prevenir ou regular o ressarcimento pelos benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

Nesse sentido, os arts. 26 e 27 da LINDB podem dar suporte e legitimar a possibilidade de celebração de variados instrumentos consensuais de controle, tanto em processos judiciais (inclusive de improbidade), quanto administrativos (nos inquéritos civis e disciplinares), uma vez que os órgãos de controle (como os Controles Internos, as Corregedorias, os Tribunais de Contas, o Ministério Público, as Agências Reguladoras, dentre outros) não deixam de ser “autoridades administrativas”.

No âmbito específico da tutela da probidade administrativa, destacam-se dois instrumentos negociais, quais sejam, o Termo de Ajustamento de Conduta do §6º do art. 5º da Lei 7.347/85, introduzido pela Lei nº 8.078/1990, e os novos Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção, introduzido pelos arts. 16 e 17 da Lei nº 12.846/13.

A Lei nº 7.347/1985 não contemplou, em sua redação original, a figura do compromisso de ajustamento de conduta, que somente foi introduzido pela Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que inaugurou o Microssistema da Tutela Coletiva. Assim, o art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) legitimou o Ministério Público a propor aos interessados Compromisso de Ajustamento de Conduta no âmbito de inquéritos e

processos relativos a interesses difusos e coletivos, nos seguintes termos: “Art. 5º (...) § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

De modo geral, o Termo de Ajustamento de Conduta é um acordo que um órgão público, por exemplo o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Procon, os entes federativos, dentre outros, celebra com o violador de determinado direito coletivo. Esse instrumento tem a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial.

No âmbito do Ministério Público, a Resolução nº 179/2017 regulamentou a tomada do compromisso de ajustamento de conduta, tendo-o definido como um instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

Finalmente, os arts. 16 e 17 da Lei nº 12.846/13 introduziram o Acordo de Leniência no âmbito de processos sancionatórios, que são tratados adiante em detalhes.

Em suma, recentes alterações legislativas no ordenamento jurídico nacional normatizaram e legitimaram o emprego da negociação no âmbito de competências administrativas tradicionalmente autoritárias e unilaterais, mediante a introdução de acordos substitutivos e outros métodos consensuais de resolução de controvérsias.

Apesar disso, a normatização inicial, assistemática e insipiente quanto aos regimes jurídicos desses acordos ainda suscita muitas dúvidas e traz grande insegurança jurídica, de modo que, todavia, há muitas lacunas a serem aclaradas e integradas, especialmente no tange à sua aplicabilidade e seus efeitos no Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa.

3.4.2. *Acordos em ações de improbidade administrativa*

3.4.2.1. *Vedação à transação nas ações de improbidade administrativa*

Apesar das inúmeras inovações legislativas em favor da consensualidade, na Lei de Improbidade Administrativa, redigida ainda no contexto dos processos sancionatórios exclusivamente punitivistas, todavia subsiste a vedação expressa quanto à possibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa, com base no princípio da indisponibilidade do interesse público.

Com efeito, o §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa é expresso no sentido de que: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”

No influxo desse movimento legislativo de justiça negocial, a manutenção desse dispositivo passou a ser criticada e, até mesmo, desconsiderada na *práxis* forense, sendo que a Medida Provisória nº 703/2015 chegou a promover a sua revogação, o que abriria o caminho para o desenvolvimento de um novo modelo de resolução consensual nesses processos sancionatórios.

Adveio, contudo, um complicador a essa mudança. A Medida Provisória nº 703/2015 não foi convertida em lei pelo Congresso, possivelmente em razão das duras críticas que sofreu e do momento político vivido pelo país, de modo que seu prazo de vigência foi encerrado em 29/05/2016.

Dessa forma, a perda de vigência da MP 703/15 teve efeito repristinatório sobre o §1º do art. 17, da Lei nº 8.429/92 (e demais disposições alteradas), de modo que, atualmente, voltou a ser válida e eficaz a proibição de realização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

Nesse contexto especial surge a dúvida: é possível a celebração de acordo de leniência no âmbito de ações de improbidade administrativa?

A resposta à questão não é de fácil solução, haja vista que a vedação legal outrora existente foi “ressuscitada”. Contudo, na prática, os acordos de leniência firmados no âmbito da operação “Lava Jato” parecem ter consolidado o entendimento em favor de sua possibilidade, ao menos no âmbito da Justiça Federal.

Nesses acordos, conforme apurado por Felipe Luchete, o Ministério Público Federal inseriu a cláusula de que solicitaria na esfera cível da Justiça Federal “apenas o reconhecimento declaratório dos atos de improbidade administrativa, sem aplicação de

sanções” em relação às empresas lenientes, tendo a cláusula sido reconhecida pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF e validada pelo Tribunal Regional da 4ª Região.²⁰⁹

Há também precedente nesse sentido reconhecido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em processo relacionado à operação “sanguessuga”, relativo a fraudes em licitações para compra de ambulâncias, com dinheiro de emendas parlamentares.²¹⁰

Portanto, a atuação do Ministério Público Federal na Operação Lava Jato vem confirmando a eficiência dos instrumentos negociais como mecanismos de obtenção de provas e aprofundamento de investigações em casos complexos de corrupção.

Contudo, o Ministério Público Federal não vem celebrando legítimos “acordos de leniência”, mas vem inserindo nos acordos firmados “cláusulas de não processamento”, que estabelecem o compromisso de não propositura de outras ações civis para a aplicação de sanções e ressarcimento de valores, como a ação de improbidade administrativa.

Ainda que essa seja uma solução válida para o contexto normativo atual, em que persiste a vedação expressa à celebração de acordos no âmbito da improbidade, as condições normativas para a superação desse dilema podem ser encontradas a partir uma interpretação sistêmica e integrativa do Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa.

3.4.2.2. *Solução sistêmica em favor dos acordos na improbidade*

Há uma clara incompatibilidade entre as leis que compõem o Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa. Enquanto as Leis nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) admitem, respectivamente, a celebração de termo de ajustamento de conduta e acordo de leniência, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade) proíbe taxativamente a celebração de qualquer transação ou acordo em seu âmbito.

É oportuno destacar que, até mesmo no âmbito penal, o princípio da obrigatoriedade de exercício da Ação Penal Pública foi mitigado pela Lei nº 9.099/95, que previu, em seu art.

²⁰⁹ Autos nº 5006717-18.2015.4.04.7000/PR.

²¹⁰ LUCHETE, Felipe. **Brecha para negociar**: Lei volta a proibir acordo em ação de improbidade, mas deve ser flexibilizada. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-06/mesmo-proibicao-acordo-acao-improbidade-continuar>>

72, a possibilidade do oferecimento de transação penal²¹¹ na audiência preliminar para as infrações penais de menor potencial ofensivo, definidas como crimes e contravenções penais a que a lei comine pena máxima abstrata não superior a dois anos. Isso apenas para mencionar um exemplo, visto que, atualmente, o Direito Penal tem ocupado a posição de vanguarda na introdução de novos instrumentos de justiça negocial em processos sancionatórios.

Nesse contexto, Luciano Ferraz passou a defender a tese de que a autorização legislativa dada pelo art. 26 da LINDB suplanta a vedação existente no art. 17, §1º da Lei nº 8.429/92, que impede a celebração de acordos em ação de improbidade administrativa, tendo havido uma revogação tácita do dispositivo antigo pelo novo.²¹²

De acordo com o autor, o artigo 26 da LINDB não se resumia à atividade de administração ativa (por exemplo, poder de polícia), dando suporte também a instrumentos consensuais de controle, tais como os termos de ajustamento de gestão. E, com efeito, órgãos de controle não deixam de ser, para os efeitos aqui discutidos, “*autoridades administrativas*” (Controles Internos, Tribunais de Contas, Ministério Público). Assim, o art. 26 da LINDB suplantaria a vedação existente no §1º do art. 17, da Lei 8.429/92, em ordem de viabilizar uma “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais também no âmbito das ações de improbidade administrativa”.

Concorda-se com este entendimento, ademais porque esse permissivo genérico para a celebração dos denominados “*acordos substitutivos*” vem também previsto no art. 27 da LINDB, ao estabelecer que “a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”.

Mas não apenas isso, propõe-se um passo adiante. Assim, sustenta-se a possibilidade de aplicação dos instrumentos consensuais do *compromisso de ajustamento de conduta* e *acordo de leniência* com fundamento em uma aplicação sistêmica e integrativa das Leis nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial).

²¹¹ De acordo com Guilherme de Souza Nucci, “a transação envolve um acordo entre o órgão acusatório, na hipótese enunciada no art. 76 da Lei 9.099/95, e o autor do fato, visando à imposição de pena de multa ou restritiva de direitos, imediatamente, sem a necessidade do devido processo legal, evitando-se, pois, a discussão acerca da culpa e os males trazidos, por consequência, pelo litígio na esfera criminal (...)”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005).

²¹² FERRAZ, Luciano. **LINDB autoriza TAC em ações de improbidade administrativa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-aco-es-improbidade-administrativa#_ftn4>

Uma vez que essas leis compartilham da mesma natureza e estão voltadas à finalidade comum de tutela da probidade administrativa e do patrimônio público, não há porque impedir sua aplicação uniforme aos demais regimes jurídicos integrantes desse microsistema.

Partindo da mesma premissa, no âmbito do Estado do Paraná, o Ministério Público Estadual emitiu a Resolução MPPR nº 01/2017, através da qual “estabelece parâmetros procedimentais e materiais a serem observados para a celebração de composição, nas modalidades compromisso de ajustamento de conduta e acordo de leniência, envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei 8.429, de 02.06.1992, e aos atos praticados contra a Administração Pública, definidos na Lei 12.846, de 01.08.2013, no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná.”

Interessante destacar os “Considerandos” da Resolução, que se consubstanciam na fundamentação de direito que autorizaria a resolução consensual desses processos, preponderando que, a despeito do inicialmente previsto no § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, a Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, § 6º, legitima o Ministério Público a propor aos interessados o compromisso de ajustamento de sua conduta, bem como que as inovações trazidas pelo §4º do art. 36 da Lei nº 13.140/15 devem ser interpretadas à luz das novas diretrizes estabelecidas pelo novo Código de Processo Civil de 2015.

De acordo com o seu art. 2º, o compromisso e o acordo poderão ser celebrados, tanto na fase extrajudicial, quanto na fase judicial, em duas hipóteses: (i) nos atos de menor potencial ofensivo, assim considerados aqueles em que, com base nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, a aplicação de sanções reduzidas, seja sob o aspecto quantitativo, seja sob o aspecto qualitativo, mostre-se suficiente para sua prevenção e repressão; ou (ii) constituir meio de obtenção de provas, em qualquer ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) ou qualquer ato praticado contra a Administração Pública (Lei nº 12.846/2013), desde que o beneficiado pela composição colabore efetivamente com as investigações e com o processo, quando for o caso.

A normativa ainda estabeleceu um procedimento de 2 (duas) fases: 1) a iniciativa para a celebração do termo de ajustamento de conduta ou do acordo de leniência caberá ao Ministério Público ou ao responsável pelo ilícito, de forma isolada ou em conjunto; 2) formalizado o termo de ajustamento de conduta ou o acordo de leniência ele será submetido à homologação: 2.1) nos autos de procedimento preparatório ou inquérito civil, o processo será encaminhado ao C.S.M.P. no prazo de 3 (três) dias, podendo o colegiado em sessão plenária,

por maioria simples, homologar ou rejeitar o ato jurídico celebrado, determinar a realização de diligências complementares ou de adequações; 2.2) nas ações já ajuizadas, o compromisso ou o acordo será submetido à homologação judicial, hipótese em que poderão ser cumuladas outras sanções.

Diante disso, conclui-se que, mesmo em face da perda de eficácia dos dispositivos alterados pela MP 703/15 que excluía a vedação do §1º do art. 17, da Lei nº 8.429/92, é possível a utilização de instrumentos negociais no âmbito da improbidade administrativa, notadamente a celebração de termos de ajuste de conduta e acordos de leniência, com fundamento na aplicação sistêmica e integrativa dos dispositivos previstos nas Leis nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial), que integram o mesmo Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa.

CAPÍTULO IV – O NOVO PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA

No presente capítulo, defende-se o repensar do novo papel dos Tribunais de Contas no Microsistema de Combate à Corrupção, tanto no sentido de que suas competências constitucionais o autorizam a conduzir processos de responsabilização da Lei Anticorrupção, que correspondem aos processos de Tomadas de Contas Extraordinária já previstos em seus Regimentos Internos, quanto à possibilidade de aplicação das sanções previstas às pessoas jurídicas corruptoras dos atos e contratos administrativos fiscalizados. Bem assim, considerando sua posição central na esfera de controle de Estados e Municípios, além de sua notória especialização na matéria de Direito Administrativo Sancionador e estrutura técnica existente, defende-se a competência para celebrar acordos de leniência.

4.1. Atos irregulares fiscalizados pelos Tribunais de Contas

4.1.1. Os poderes sancionatórios dos Tribunais de Contas

4.1.1.1. A natureza jurídica dos Tribunais de Contas e suas decisões

De acordo com o entendimento da doutrina^{213 214 215} e da jurisprudência,²¹⁶ os Tribunais de Contas são definidos como *órgãos constitucionais autônomos e independentes*, de

²¹³ De acordo com Odete Medauar, os Tribunais de Contas se qualificam como “*instituição estatal independente*”, não estando subordinados a nenhum dos Poderes. (MEDAUAR, Odete. **O controle da administração pública**. São Paulo: RT, 1993, p. 141).

²¹⁴ Nohara e Marrara asseverarem que: “Tanto o Tribunal de Contas como o Ministério Público são instituições autônomas dotadas de relevantes atribuições constitucionais, que não se enquadram tipicamente em nenhum dos clássicos Poderes da República, mas que nem por isso deixam de desempenhar função administrativa.” (NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo**: Lei n. 9.784/99 Comentada. São Paulo: Atlas, 2009, p.32).

²¹⁵ BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001., p. 2. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>

²¹⁶ “Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários

natureza administrativa, com competências privativas e próprias definidas no art. 71 da Constituição Federal de 1988.

Assim, não pertencem e não estão subordinados a nenhum dos Poderes, mas atuam como órgão auxiliar do Poder Legislativo na função de controle externo, estando apenas funcionalmente ligados ao Legislativo para fins orçamentários e de responsabilidade fiscal, uma vez que, nas leis orçamentárias, as dotações relativas aos Tribunais de Contas constam do orçamento do Poder Legislativo.

Em corroboração, Rodrigo Valgas dos Santos pondera que “diante das garantias de independência das cortes de contas, não há como caracterizá-lo em subordinação ao Poder Legislativo, ou mesmo incluído naquela estrutura.”²¹⁷

No mesmo sentido, Marcus Vinicius Paixão Lages aduz que o Tribunal de Contas é órgão de status constitucional, pois: “no nível funcional, é um dos responsáveis pela função de controle externo do Estado; no nível institucional, não se subordina a nenhum outro órgão constitucional de soberania, é inteiramente autônomo, gozando de autogoverno, auto-organização e auto-administração, é ainda independente; no nível sócio-estrutural, é composto por qualquer brasileiro que possua os requisitos constitucionais para investidura no cargo; no nível organizatório-territorial, o TCU possui jurisdição em todo o território nacional; no campo das ações políticas, atua como órgão essencial à função de controle externo exercida pelo Poder Legislativo, como órgão com jurisdição especial e como órgão administrativo”.²¹⁸

A Constituição lhe atribui autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária, garante quadro próprio de pessoal (art. 73, CF/88), e estende, no que couber, as atribuições relativas à auto-organização do Poder Judiciário previstas no art. 96 da Constituição, como para elaborar seu Regimento Interno e organizar seus serviços, além de iniciativa exclusiva de projetos de lei para propor alterações em dispositivos das respectivas Leis Orgânicas.

nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanção que resulta, primariamente, da própria Constituição da República.” (STF, ADI 4.190, Rel. Min. Celso de Mello).

²¹⁷ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais**: Contas anuais, princípios e garantias constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 55

²¹⁸ LAGES, Marcus Vinicius Paixão. Tribunal de Contas: órgão constitucional de soberania. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 4, n. 35, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4451>>.

Por sua vez, os Tribunais de Contas são órgãos administrativos, do que decorre que, conforme a doutrina majoritária, suas decisões também possuem natureza administrativa. As deliberações proferidas no exercício de suas atribuições constitucionais possuem caráter *impositivo e vinculante* para a Administração Pública.

Assim, não existem vias recursais junto ao Judiciário ou ao Legislativo que possibilitem a reforma de uma decisão do Tribunal de Contas tomada no exercício de suas competências. Contudo, com base no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88), é possível acionar o Poder Judiciário contra uma decisão sua, com base em ilegalidade.

Nesse caso, o Judiciário não revisa o mérito das decisões do Tribunal de Contas, mas apenas a legalidade e a formalidade das respectivas decisões, de modo que não pode reformá-las, mas apenas anulá-las, notadamente, nos termos da jurisprudência, nos casos de *irregularidade formal grave* ou *manifesta ilegalidade*. Nessas hipóteses, caberá à Corte de Contas emitir uma nova decisão, não possuindo legitimidade para recorrer da decisão judicial.

As decisões dos Tribunais de Contas de que resulte imputação de débito e ou multa terão eficácia de título executivo (art. 71, §3º, CF/88). Por ser constituída fora do Poder Judiciário, a decisão do Tribunal de Contas que impõe débito e ou multa produz efeitos de título executivo *extrajudicial*.

4.1.1.2. Funções e Competências dos Tribunais de Contas

Os Tribunais de Contas exercem várias funções, dentre as quais se destacam a fiscalizadora, judicante, sancionadora e consultiva.

A maioria das competências atribuídas aos Tribunais de Contas está inserida na função fiscalizadora, que abrange os aspectos *contábil* (lançamentos e escrituração); *financeiro* (arrecadação de receitas e execução de despesas); *orçamentário* (elaboração e execução dos orçamentos); *operacional* (processos administrativos e programas de governo) e *patrimonial* (guarda e administração de bens móveis e imóveis).

A função de fiscalização de atos e contratos administrativos em geral é exercida através dos instrumentos dos levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos (art. 71, IV, CF/88).

O Tribunal de Contas exerce a função judicante, nos termos da parte final do art. 71, II, da CF/88, sempre que, na administração do patrimônio público, houver desvio de recursos ou prática de ato de que resulte dano ao erário. Assim, por exemplo, os Tribunais de Contas julgam as contas dos administradores e dos demais responsáveis por bens e valores públicos (contas ordinárias e extraordinárias), e também julgam as contas dos responsáveis por causar prejuízo ao erário (tomada de contas especial - art. 71, II, CF/88). Ao julgar as contas, o Tribunal decide se elas são regulares, regulares com ressalva ou irregulares.

A função sancionadora surge quando da aplicação das sanções previstas em lei, seja na Lei Orgânica do respectivo Tribunal de Contas, seja em outras leis (art. 71, VIII, CF/88). De modo geral, as sanções que podem ser aplicadas, de forma isolada ou cumulativa, são: (i) cominação de multa ao responsável por contas julgadas irregulares, por ato irregular, ilegítimo ou antieconômico, por não-atendimento de diligência ou determinação do Tribunal, por obstrução ao livre exercício de inspeções ou auditorias e por sonegação de processo, documento ou informação; (ii) aplicação de sanção de ressarcimento de valores; (iii) aplicação, ao agente público, de multa proporcional ao valor do prejuízo causado ao erário; (iv) inabilitação do responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública; (v) declaração de inidoneidade do responsável, por fraude em licitação, para participar, por até cinco anos, de certames licitatórios promovidos pela administração pública; e (vi) decretação de medidas cautelares, como suspensão de atos e contratos, pagamentos e indisponibilidade de bens.

Por sua vez, a função consultiva é exercida mediante a elaboração de parecer prévio, de caráter essencialmente técnico, sobre as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, a fim de subsidiar o julgamento a cargo do Poder Legislativo (art. 71, I; art. 49, IX, CF/88). Inclui também o exame, em tese, de consultas feitas por autoridades legitimadas para formulá-las, a respeito de dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes às matérias de competência do Tribunal (LO/TCE-PR, art. 1º, XVII).

A jurisdição dos Tribunais de Contas se estende a qualquer responsável por administrar recursos públicos, vale dizer, a “qualquer pessoa física, órgão ou entidade que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado ou o Município responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária” (art. 70, parágrafo único, CF/88), bem assim “aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário” (art. 71, II, CF/88).

Feito esse breve apanhado das funções e competências dos Tribunais de Contas, resta claro que a presente análise foca nas funções fiscalizatória e sancionatória dessas Cortes, mediante as quais são apurados ilícitos administrativos voltados à tutela da probidade administrativa e do patrimônio público, podendo resultar na aplicação de inúmeras sanções administrativas, conformando o âmbito que anteriormente se denominou de Direito Administrativo Sancionador “de controle” no microssistema proposto.

4.1.2. Procedimentos sancionatórios específicos

4.1.2.1. Representações da Lei 8.666/93 e Denúncias

De modo geral, o art. 74, §2º, da Constituição Federal estabelece que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas”. Trata-se de uma autorização genérica a qualquer cidadão para representar ao Tribunal de Contas para denunciar irregularidades e ilegalidades.

Por meio de Denúncia (cidadãos) ou Representação (autoridades e entidades públicas), os legitimados levam ao conhecimento do Tribunal a ocorrência de irregularidades e ilegalidades que envolvam matérias de competência da Corte de Contas, ou seja, fatos relacionados à administração contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do orçamento da União, de Estado ou de Município.

As Denúncias que preencham os requisitos de admissibilidade (basicamente, não ser anônima e estar acompanhada de elementos comprobatórios) deverão ser obrigatoriamente apuradas pelo Tribunal.

Ao examinar os elementos da Denúncia, o Tribunal de Contas, após as devidas apurações, decide pela procedência ou não do fato denunciado, podendo ainda, se for o caso, impor sanções, fazer recomendações e ou determinações para correção de irregularidades, sustar atos ilegais, além de tomar outras medidas inseridas no seu rol de competências.

Finalmente, ressalte-se que as Denúncias e Representações podem ser convertidas em processos de Tomada de Contas Extraordinária, quando constatada a existência de dano ao erário.

Em complementação, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos definiu, em seu art.113,²¹⁹ que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos por ela regidos será feito pelo Tribunal de Contas competente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da execução da despesa.

O § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93 faculta a qualquer licitante, contratado ou pessoa física/jurídica representar aos Tribunais de Contas e aos órgãos de Controle Interno contra irregularidades verificadas durante os processos de licitação. De modo muito semelhante às representações supracitadas, trata-se de uma modalidade de controle repressivo de ilegalidades no âmbito de licitações e contratos administrativos.²²⁰

Ainda, nos termos do § 2º do art. 113, criou-se uma modalidade de controle prévio dos editais de licitação, ao ter-se facultado aos Tribunais de Contas e aos órgãos de controle interno solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou as entidades da Administração interessada a adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

Cumpra também assinalar que a previsão do art. 113 da Lei nº 8.666/1993 também se aplica aos certames realizados sobre as demais modalidades, como ao Pregão sob a égide da Lei nº 10.520/2002; ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído pela Lei nº 12.462/2011, dentre outros processos de contratação pública.

É nesse âmbito que a atuação dos Tribunais de Contas se soma e se sobrepõe à atuação de outras instâncias de controle, haja vista que a apuração e sancionamento de ilícitos

²¹⁹ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

²²⁰ LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018, p. 171.

no tocante a licitações e contratos também é prevista no inc. IV do art. 5º da Lei nº 12.846/13, quanto a condutas de: “a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (...) d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”. Ademais, irregularidades praticadas em licitações também podem caracterizar ato ímprobo inscrito no inc. VIII do art. 10 da Lei nº 8.429/92, que veda “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo (...) ou dispensá-los indevidamente”.²²¹

4.1.2.2. Tomadas de Contas

Conforme visto, aos Tribunais de Contas compete julgar as contas dos ordenadores de despesa, gestores e demais responsáveis por bens e valores públicos, bem assim aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário (art. 71, II, CF/88). Para este fim, as Leis Orgânicas e os Regimentos Internos preveem em comum o procedimento da Tomada de Contas.

Para fins da presente análise, analisa-se a regulamentação do instituto estabelecida na Lei Orgânica e respectivo Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (LO-TCE/PR e RI-TCE/PR)

Assim, se for constatada a ocorrência de “desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário” (RI-TCE/PR, art. 236), deverá ser instaurada Tomada de Contas Extraordinária para o julgamento de contas e apuração do dano, o que pode ocorrer no âmbito de processos já instaurados (como nas Denúncias e Representações supracitadas), bem assim no âmbito de processos de fiscalização, tais como em Auditorias, Inspeções, Denúncias e Representações (RI-TCE/PR, art. 269).

Assim, por exemplo, se no curso de uma Auditoria for constatada ocorrência que resultou em prejuízo aos cofres públicos, poderá ser determinada a instauração de um processo de Tomada de Contas Extraordinária com vista a realizar o julgamento das contas dos responsáveis pelo desfalque e a cobrança do débito apurado, em processo com numeração própria e tramitação em separado.

²²¹ A respeito das infrações e sanções em licitações e contratos, ver: ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: RT, 2014.

Segundo o art. 17 da Lei Orgânica do TCE/PR, “ao julgar as contas, o Tribunal de Contas decidirá se são regulares, regulares com ressalva ou irregulares, definindo conforme o caso, a responsabilidade patrimonial dos gestores, ordenadores de despesa e demais responsáveis por bens e valores públicos” .

As contas serão julgadas *regulares* quando expressarem, cumulativamente, de forma clara e objetiva, as seguintes condições (LO-TCE/PR, art. 16): a exatidão dos demonstrativos contábeis e financeiros; a legalidade, a legitimidade, a economicidade e a eficácia dos atos de gestão do responsável; o atendimento das metas e objetivos.

Assim, a publicação oficial da decisão definitiva que julgou as contas regulares constituirá certificado de aprovação da prestação de contas perante o Tribunal, com efeitos de quitação da obrigação de prestar as contas objeto da decisão, se outro ato de gestão não for inquinado ao responsável (RI-TCE/PR, art. 497).

As contas serão julgadas *regulares com ressalva* quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal da qual não resulte dano ao erário ou à execução do programa, ato ou gestão (LO-TCE/PR, art. 16, II).

O Acórdão de julgamento deverá indicar os motivos que ensejaram a ressalva das contas, podendo, ainda, aplicar sanções ao responsável, quando cabíveis.

O Tribunal julgará as contas *irregulares* quando evidenciada qualquer das seguintes ocorrências (art. 248, RI-TCE/PR): a) omissão no dever de prestar contas; b) infração à norma legal ou regulamentar; c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; e) desvio de finalidade.

No julgamento pela irregularidade decorrente de atos que causarem dano ao erário (alíneas “c” e “d”), assim como por desvio de finalidade (alínea “e”), a responsabilidade será pessoal do agente público que praticou o ato irregular, podendo o Tribunal de Contas, ainda, fixar a responsabilidade solidária do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado, bem como dos responsáveis pelo controle interno, por ação ou omissão.

Essa situação é muito comum quando o processo de contas trata de licitações fraudulentas que causaram dano ao erário, quando então o Tribunal imputa o débito apurado ao gestor e à empresa contratada, solidariamente.

Quando julgar as contas irregulares, havendo dano, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente e com os acréscimos legais devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa proporcional ao dano causado ao erário, a qual, no âmbito da Corte de Contas paranaense, poderá ser de até 10% a 30% do valor do dano (art. 89, §2º, LO-TCE/PR). Ademais, o julgamento pela irregularidade das contas poderá acarretar a declaração de inidoneidade dos responsáveis, bem como a aplicação das demais sanções da competência do Tribunal de Contas.

Como se vê, os Tribunais de Contas são órgãos constitucionais independentes com competências e processos com regimes jurídicos próprios voltados à tutela da probidade administrativa e do erário público, mediante a aplicação do Direito Administrativo Sancionador. Inequívoca, portanto, a pertinência dessa instância sancionatória ao Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa, compondo o que se denominou de esfera de controle.

É notória, contudo, a coincidência do âmbito de atuação dos Tribunais de Contas com aquele previsto na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), haja vista que, nos termos de seu art. 5º, esta também se destina à repressão de “atos lesivos à administração pública, (...) que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública (...)”.

Aos especificar os atos lesivos, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13) estabelece, no inc. IV do art. 5º, uma extensa lista de tipos infracionais “*no tocante a licitações e contratos*”, reprimindo condutas como: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

Ocorre que também incumbe aos Tribunais de Contas a apuração e responsabilização dos mesmos ilícitos praticados em licitações e contratos referidos no art. 5º, V, da Lei nº 12.846/13, mediante competente processo administrativo, que pode resultar na aplicação das mesmas sanções de multa, proibição de contratação, restituição ao erário, dentre outras, tendo por sujeito passivo as mesmas pessoas jurídicas corruptoras.

Nesse contexto de forte paralelismo entre as competências, tipos infracionais, sanções previstas e processo de responsabilização, é de se indagar acerca das incertezas decorrentes da aplicação simultânea e sobrepostas destas leis, notadamente no âmbito dos Estados e Municípios, em que o elemento federativo exsurge como mais um complicador desta relação.

4.2. Aplicabilidade da Lei Anticorrupção Empresarial pelos Tribunais de Contas Estaduais

4.2.1. Problemas na competência e rito da Lei Anticorrupção Empresarial

4.2.1.1. Competência ampla e pluripotenciária: autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública

A chamada Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), apesar de decorrer de um projeto de lei de 2010 de autoria da Controladoria Geral da União, foi apreciada, votada e sancionada rapidamente em 2013, em decorrência da ebulição de manifestações populares que demandavam respostas rápidas e efetivas do Poder Público no combate à corrupção.

Nesse sentido, conforme exposto nos capítulos anteriores, essa legislação teve por objetivo preencher lacunas do ordenamento brasileiro em questões concernentes à responsabilização, administrativa e civil, das pessoas jurídicas praticantes de atos ilícitos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Quando se estava diante do projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados (PL 6826/2010), foram feitas algumas reflexões constantes em texto de autoria coletiva,²²² que podem ser rerepresentadas para os fins do presente estudo, especialmente quanto à problemática da aplicabilidade dessa lei no âmbito dos Estados e dos Municípios.

Analizando a atual redação da lei, verifica-se que diversas críticas feitas ao projeto de lei não foram superadas ao longo de sua apreciação no Congresso Nacional. Assim, seguiram para a sanção presidencial disposições que pecam por sua injustificada simplicidade e pela falta de especificidade na definição dos procedimentos, comprometendo não apenas sua compreensão, mas a própria eficácia da lei.

Nesse contexto, a crítica mais aguda a ser reiterada a essa legislação diz respeito à competência ampla e pluripotenciária para a instauração de procedimentos e, conseqüentemente, ao rito previsto para os processos administrativos de responsabilização (PAR).

A Lei Anticorrupção criou uma competência ampla e plenipotenciária ao possibilitar que as “autoridades máximas de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário” possam instaurar e julgar processo administrativo de apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, sendo que a competência para a instauração também poderá ser delegada, porém vedada a subdelegação.²²³

No âmbito do Poder Executivo Federal, a própria lei atribui à Controladoria-Geral da União a competência concorrente (porém prioritária) para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas, na medida em que poderá avocar os processos instaurados por outros órgãos e entidades.²²⁴

²²² ORTOLAN, Marcelo; GOMES ROCHA, Iggor; PIZZATO REIS, Felipe. Combate à Corrupção nas Licitações e Contratos Públicos: Questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010. In: GABARDO, Emerson; GONÇALVES, Guilherme. **Direito da Infraestrutura**: Temas de organização do Estado, Serviços Públicos e Intervenção Administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 159-200.

²²³ Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. § 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

²²⁴ Art. 8º (...) § 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Ocorre que a Lei Anticorrupção Empresarial é uma lei de caráter nacional de amplo espectro de incidência, haja vista que se aplica a todos os órgãos e entidades, de todos os Poderes, de todas as esferas federativas. Dessa forma, são milhares as “autoridades máximas” verificadas na Federação brasileira que poderiam aplicar a lei, especialmente no âmbito dos Estados e Municípios.

Destaque-se que, no âmbito estadual e municipal, é problemática até mesmo a tentativa de replicar o modelo do Executivo federal, uma vez que as competências, estrutura técnica e de pessoal e atuação prática das Controladorias Internas são muito mais restritas.

Outrossim, é importante destacar que, desde a apresentação do projeto de lei, a própria Controladoria Geral da União – CGU sofreu extensas alterações institucionais e organizacionais.

Assim, veja-se que, à época da aprovação da Lei Anticorrupção, as atribuições da CGU constavam no art. 18, §1º, da Lei nº 10.683/2003, e no art. 1º, III, de seu Regimento Interno vigente. Posteriormente, em 2016, o órgão foi reposicionado na estrutura administrativa e passou a se chamar Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – fruto da Medida Provisória nº 726/2016, convertida na Lei nº 13.341/2016. Não se tratou, porém, de mera alteração de nomenclatura, pois a lei introduziu alterações substanciais às atribuições até então definidas pela Lei nº 10.683/2003.

No ano seguinte, as competências e a estrutura organizacional da Controladoria-Geral da União também foram atualizadas mediante novo Regimento Interno (Portaria nº 677, de 10 de março de 2017). Na sequência, por meio do Decreto nº 9.468, de 13 de agosto de 2018, criou-se o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, mais um órgão consultivo integrante da estrutura básica da CGU, com finalidade de debater e sugerir medidas de aperfeiçoamento e fomento de políticas e estratégias no âmbito da administração pública federal, bem como planejar estratégias de combate à corrupção e à impunidade.

Enfim, esta breve digressão acerca das mudanças institucionais ocorridas na Controladoria Interna do Executivo federal evidencia que, até mesmo para este bem estruturado órgão, foram necessárias extensas mudanças organizacionais e de atribuições no sentido de fortalecê-la e equipá-la para fins de aplicação da Lei Anticorrupção.

Portanto, a problemática relativa à ausência de definição de um órgão central para a aplicação da Lei Anticorrupção nos âmbitos estadual e municipal dificilmente se resolverá

pela mera repetição desse modelo, especialmente diante da realidade diversa e mais restrita das atribuições das Controladorias nesse âmbito.

Assim, em caso de ausência de um órgão central, a competência para a instauração e julgamento do processo remanesce difusa a toda autoridade máxima de cada órgão ou entidade. Por sua vez, o processo administrativo deverá ser conduzido por comissão constituída da mesma forma que as comissões de processos disciplinares, composta por dois ou mais servidores estáveis designados pela autoridade instauradora. O procedimento segue o mesmo rito. A comissão deverá concluir o processo no prazo prorrogável de cento e oitenta dias, apresentando relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica e sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas (art. 10 e seguintes, que tratam de outras minúcias processuais). Então o processo administrativo, com o relatório da comissão, deverá ser remetido à autoridade instauradora para julgamento final.

Nesse contexto, a despeito de não se pretender aprofundar em questões procedimentais, algumas críticas devem ser feitas ao modelo punitivo, previsto como norma geral pela Lei Anticorrupção para os Estados, Municípios e Distrito Federal.

Primeiro, é absolutamente inadequada a competência ampla e pluripotenciária prevista, pois, no âmbito dos Estados e Municípios, a autoridade máxima para instaurar e julgar o respectivo processo será, muitas vezes, o próprio gestor responsável pelo ato e ordenador da despesa, vale dizer, o agente público direta ou indiretamente implicado no caso. Segundo, é igualmente inadequada a previsão de condução do processo de responsabilização por Comissão Julgadora constituída *ad hoc* pela autoridade máxima, podendo ser composta por apenas 2 (dois) servidores, pois não estabelece qualquer garantia de que os membros tenham a necessária imparcialidade para a condução do processo, o que, contraditoriamente, pode até criar novos espaços de corrupção. Terceiro, a condução da instrução de processos por autoridades distintas e comissões *ad hoc* não favorece a especialização técnica do pessoal nem a formação de orientações gerais ou a consolidação de entendimentos comuns quanto à matéria, de modo que estes julgamentos estariam relegados a um perigoso e excessivo casuísmo.

Disso conclui-se que o modelo geral proposto pelo legislador federal não se preocupou com sua efetiva aplicação pelos Estados e Municípios. Em que pese esse procedimento possa ser operacionalizado com sucesso por alguns órgãos e entidades suficientemente estruturados no âmbito federal, essa não é a realidade da grande maioria dos

órgãos e entidades estaduais e municipais e, nem mesmo, de seus respectivos órgãos de controle interno, conforme passa-se a analisar.

4.2.1.2. Limitações das Controladorias Internas dos Estados e Municípios

Em primeiro lugar, não se pode olvidar que a federação brasileira é marcada por intensas desigualdades regionais. A exemplo disso, no Brasil há mais de 5.500 Municípios, sendo que quase 80% de toda população brasileira se concentra em não mais que 10% destes Municípios. Assim, logo se percebe que a avassaladora maioria dos Municípios brasileiros não possui ainda condições financeiras, administrativas e técnicas para garantir a adequada e eficaz aplicação da lei.²²⁵

Por outro lado, ainda que, por hipótese, fosse possível a aplicação da lei por um sem número de órgãos e entidades de todas as esferas federativas, isso não seria recomendável. A pulverização de processos conduziria a um extremado quadro de insegurança jurídica, gerada pela inevitável multiplicidade de entendimentos e decisões contraditórias sobre o tema, diante da grande margem de discricionariedade atribuída ao julgador.

Por outro lado, em observância à solução adotada pelo Executivo federal – que centralizou a competência em sua Controladoria Interna, a CGU –, no âmbito dos Executivos estaduais e municipais seria possível cogitar-se da mesma solução, mediante a atribuição da competência às respectivas Controladorias Internas.

Esta, a propósito, foi a solução adotada pela maioria dos Estados que regulamentaram a Lei nº 12.846/2013. Por exemplo, no Estado do Paraná o Decreto nº 11.953/2018 regulamentou, em seu art. 5º c/c 6º, inc. I, que, no âmbito do Poder Executivo Estadual, a Controladoria Geral do Estado – CGE possui competência concorrente com a autoridade máxima dos órgãos ou das entidades estaduais competentes para instaurar e julgar Processos Administrativo de Responsabilização – PAR, podendo, além disso, avocar os processos instaurados por estes órgãos e entidades.

Pois bem, de acordo com o art. 74 da Constituição, o Sistema de Controle Interno possui as seguintes finalidades precípuas: (i) avaliar o cumprimento das metas previstas no

²²⁵ IBGE. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais:** Perfil dos Municípios - Gestão pública 2001. Rio de Janeiro, 2003. Disponível via internet em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2001/munic2001.pdf>.

plano plurianual e a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; (ii) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (iii) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; e (iv) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Ocorre que, ainda no contexto do Estado do Paraná, até recentemente, as contas anuais do Governador vinham sempre apontando como motivo de ressalva a insuficiência e necessidade de aprimoramento do Controle Interno, a indicar que esse órgão sequer vinha atendendo a contento as finalidades específicas do art. 74 da Constituição, além de contar com um quadro enxuto de servidores.

Essa, inclusive, é uma realidade que se repete na maioria dos Estados, sem mencionar os Municípios. Portanto, no contexto atual, é prudente reservar o Controle Interno dos Estados e Municípios ao desempenho de suas relevantes funções constitucionais, que também estão voltadas à prevenção da corrupção.

Nesse sentido, Thiago Marrara cita cinco inimigos do controle interno: 1) a falta de especialização; 2) o reduzido distanciamento entre controlador e controlado; 3) o corporativismo; 4) a impunidade ou a insuficiência de sanções; e 5) os custos associados ao controle interno.²²⁶

É evidente que, assim como se passou com a Controladoria Geral da União, os seus órgãos análogos estaduais e municipais necessitariam de uma extensa reestruturação organizacional, de atribuições, de estrutura e de pessoal, o que pode, ao final, revelar-se alternativa excessivamente custosa, em prejuízo à eficiência da aplicação dos recursos públicos.

Ademais, ao menos nos âmbitos estaduais e municipais, é incomum a atribuição de competências sancionatórias sobre terceiros a órgãos do Controle Interno, no sentido de atribuir-lhes a possibilidade de imposição de multas a privados que se relacionem com a Administração Pública.

²²⁶ MARRARA, Thiago. Controle interno da Administração Pública: suas facetas e seus inimigos. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo. **Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 54-64.

O Controle Interno atua usualmente no apoio e auxílio na instrução das tomadas de contas e nas fiscalizações de atos e contratos administrativos, sendo que, no âmbito administrativo, a última palavra sobre quantificação de débito e imputação de responsabilidades por danos ao erário é do controle externo.

Esclareça-se, contudo, que não se está a defender a absoluta impossibilidade de desempenho destas funções pelas Controladorias Internas, a exemplo do bem sucedido modelo adotado pela CGU no âmbito federal, cujos esforços se mostraram indispensáveis à consolidação desse novo âmbito sancionatório.

Defende-se, apenas, que a adoção desse modelo não seria a única nem a melhor solução para muitos Estados e Municípios.

Assim, é necessário buscar uma solução que concilie a abissal diferença entre a capacidade administrativa e técnica do governo federal e a dos governos municipais e propicie maior segurança jurídica e efetividade à Lei Anticorrupção. Este debate, inclusive, se justifica pela necessidade de se atribuir maior sistematicidade, integridade e efetividade às diferentes instâncias de responsabilização inseridas no mesmo Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa.

Se, por um lado, entende-se que a atribuição de competências às Controladorias Internas não seja a solução, por outro, considera-se essencial que a competência seja atribuída a um órgão central, com capacidade de interlocução institucional com outros órgãos.

Por exemplo, nos Estados Unidos, berço da legislação anticorrupção chamada de FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), a apuração das infrações e a aplicação das sanções ocorre de maneira centralizada, predominantemente pela *U.S. Securities & Exchange Commission* (SEC) e pelo Ministério da Justiça americano (*Department of Justice – DOJ*). Outro dado relevante diz respeito ao valor total das arrecadações decorrentes das sanções aplicadas pelas autoridades estadunidenses por violações ao FCPA, que em 2010 foi superior a US\$ 1,7 bilhão, o que revela que a condução centralizada do processo, além de garantir a eficiência da lei, também traz consigo relevantes reflexos financeiros aos cofres públicos.²²⁷

²²⁷ IBRADEMP (Instituto Brasileiro de Direito Empresarial). **Comentários ao Projeto de Lei nº 6.826/2010**. Apresentado em Audiência Pública na Câmara dos Deputados em novembro de 2011. Disponível em: <http://www.ibrademp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=207&Itemid=505>

A aplicação da Lei Anticorrupção por órgão central também se justifica pelo fato de a lei ter instituído instrumentos inéditos e específicos, como os programas efetivos de *compliance* para a prevenção da corrupção corporativa e os acordos de leniência, que demandam órgãos especializados para aplicar, fiscalizar e monitorar sua observância.

Estabelecidas as premissas, observa-se que na organização institucional brasileira existe um órgão que possui a necessária estrutura administrativa, corpo de pessoal próprio e expertise técnica, e que exerce seus poderes sancionatórios mediante processos que observam os ditames do devido processo legal, e, assim, poderiam aplicar de modo centralizado, uniforme e imparcial a Lei Anticorrupção às esferas estaduais e municipais, qual seja, os Tribunais de Contas.

Aos Tribunais de Contas poderia ser atribuída competência concorrente para atuarem como órgãos centralizadores da aplicação da Lei Anticorrupção. Assim, tanto o Tribunal de Contas (a partir de seus processos de fiscalização) quanto a autoridade máxima do órgão ou entidade lesada poderiam solicitar a instauração do competente processo administrativo de responsabilização (PAR), o qual, por visar a apuração de dano, teria as feições de um processo de tomada de contas.

A proposta é melhor desenvolvida adiante.

4.2.2. A primazia dos Tribunais de Contas dos Estados para a aplicação da Lei Anticorrupção às esferas estaduais e municipais

4.2.2.1. Órgão autônomo e independente, com competências próprias, estrutura administrativa, quadro de pessoal próprio e expertise técnica

De acordo com Flávio Régis Xavier de Moura e Castro, “nos tempos modernos, a instituição Tribunal de Contas exerce um papel fundamental no combate à corrupção. O órgão de controle não visa punir o administrador nem qualquer outro agente público, mas prevenir a prática de desvios de bens públicos e a improbidade na Administração. Resguardar a moralidade

pública para garantir a estabilidade das instituições democráticas é a sua principal tarefa e também o seu maior desafio.”²²⁸

Com efeito, os Tribunais de Contas são *órgãos constitucionais autônomos e independentes*, de natureza administrativa, com competências privativas e próprias definidas no art. 71 da CF/88, que ocupam papel de protagonismo na promoção de processos administrativos sancionatórios na esfera de controle, com grande especialidade no âmbito de licitações públicas e contratos administrativos. Além disso, os Tribunais de Contas já possuem a necessária estrutura administrativa, quadro de pessoal próprio e expertise técnica em Direito Administrativo Sancionador para a realização do trabalho.

Portanto, a partir de um olhar sistêmico ao Microssistema de Combate à Corrupção, defende-se que os Tribunais de Contas são o órgão central mais adequado à aplicação da Lei Anticorrupção Empresarial às esferas estaduais e municipais. Em verdade, é o único órgão que poderia exercer sua competência de modo concomitante aos Estados e aos Municípios sem infringir o princípio federativo, tendo em vista seu *status* constitucional diferenciado na organização político-administrativa brasileira.

Dessa forma, a atribuição de competência aos Tribunais de Contas para aplicar a Lei Anticorrupção aos Estados e Municípios se justificaria por três razões básicas: (i) observância dos princípios e regras do Direito Administrativo Sancionador, notadamente do devido processo legal; (ii) atuação com *expertise* técnica em Direito Administrativo, notadamente no campo de licitações e contratos públicos, o que legitimaria e qualificaria suas decisões; (iii) solução ao problema das competências pluripotenciária, deixando a cargo dos Tribunais de Contas dos Estados-membros a aplicação da lei nas esferas estadual e municipal (exceto naqueles em que houver Tribunais de Contas Municipais).

No que tange ao primeiro ponto, relembre-se que as críticas ao processo de apuração dos fatos e das responsabilidades foram mais enfáticas em relação à injustificada simplicidade do mesmo e em relação à falta de especificidade na definição dos procedimentos (distribuição de competências, violações a garantias constitucionais, etc.). Com efeito, as sanções previstas na Lei Anticorrupção não podem ser aplicadas sem uma devida instrução probatória, pleno

²²⁸ CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. Os Órgãos Regionais de Controle e a luta contra a corrupção. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 2, n. 13, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=1479>>

exercício do contraditório e, sobretudo, sem fundamentação técnica, haja vista a gravidade das penas previstas.

Os princípios e regras de Direito Administrativo Sancionador impõem o respeito ao devido processo legal e ao julgamento justo e imparcial. Assim, seja em um processo civil, seja em um processo administrativo, a necessidade de imparcialidade do encarregado do dever-poder de julgamento é inafastável. A “imparcialidade administrativa”, inspirada no princípio da “justiça natural”, fundamento da imparcialidade judicial, visa à neutralidade do administrador/julgador.²²⁹

Egon Bockmann Moreira, em comentários à Lei Federal do Processo Administrativo, destaca o mérito da Lei nº 9.784/99 de transferir a competência decisória para órgão diverso da Administração que instrui o processo ou que seja “parte”, como forma de prestígio à moralidade e a imparcialidade.²³⁰ É necessário que a competência decisória esteja em mãos de autoridade equidistante das partes (Administração lesada e empresa autora da conduta apurada).

Assim, considerando que aos Conselheiros dos Tribunais de Contas são atribuídas as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens que possuem os membros do Poder Judiciário, nos termos do art. 73, §3º, da Constituição Federal, e que suas Leis Orgânicas estabelecem processos administrativos sancionatórios com estrita observância dos princípios e regras do Direito Administrativo Sancionador, entende-se que as garantias do devido processo legal estariam mais do que asseguradas.²³¹

Em segundo lugar, a *expertise* técnica dos Tribunais de Contas qualificaria a tomada de decisões quanto à aplicação das sanções da Lei Anticorrupção Empresarial.

Nesse sentido, José Afonso da Silva ensina que a atuação do Tribunal de Contas, através de sua participação no sistema de controle externo da Administração, ameniza o caráter eminentemente político das formas de controle estatal, marcada pela atuação do Poder

²²⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90, interpretada e comentada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 793.

²³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 310.

²³¹ AGUIAR, Ubiratan. Tribunais de Contas e as estratégias para reduzir o risco de corrupção. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v.35, nº 105, p.17-28, jul./set. 2005.

Legislativo. Isso porque as Cortes de Contas, diferentemente do Legislativo, têm função e composição eminentemente técnicas.²³²

Marçal Justen Filho avança no raciocínio e sustenta que seria possível atribuir uma atuação *quase jurisdicional* para os Tribunais de Contas, diante da forma processual dos atos e da estrutura autônoma e independente para produzir a instrução e o julgamento de seus processos. Nesse sentido, defende que a fórmula *quase jurisdicional* é interessante não para confundi-la com a atuação propriamente jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, mas para diferenciá-la das atividades administrativas e legislativas. Destaca ainda que nenhum outro órgão integrante do Poder Executivo e do Poder Legislativo recebeu da Constituição poderes de julgamento equivalentes, inclusive no tocante à relevância e eficácia, aos assegurados ao Tribunal de Contas.²³³

Finalmente, no que tange ao terceiro ponto, a definição da competência aos Tribunais de Contas dos Estados para a aplicação da lei nas esferas estadual e municipal (exceto naqueles em que houver Tribunais de Contas Municipais), resolveria a contento os inúmeros problemas da competência ampla e pluripotenciária originalmente prevista.

Em complementação, o perfil quase jurisdicional das Cortes de Contas permitiria (i) a unificação de processos em um único órgão; (ii) a criação de jurisprudência acerca da aplicação da Lei Anticorrupção; e (iii) a atuação como órgão central para fiscalização quanto ao atendimento de programas de *compliance* e de acordos de leniência.

Por todas essas razões, entende-se que, nos âmbitos estadual e municipal, os Tribunais de Contas são as melhores alternativas sistêmicas para a aplicação da Lei Anticorrupção Empresarial, que poderia ser aplicada em processos de sua competência originária, bem como provocada por autoridades máximas de órgãos e entidades estaduais e municipais lesadas.

4.2.2.2. *Propostas de alterações legislativas para harmonização das competências dos TCs*

Em suma, propõe-se que seja atribuída competência concorrente aos Tribunais de Contas para a aplicação da Lei Anticorrupção no âmbito das esferas estaduais e municipais.

²³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**..., p. 758.

²³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**..., p. 1000.

Desta forma, o próprio Tribunal de Contas poderia suscitar a aplicação das infrações e sanções previstas na lei em processos decorrentes da sua própria atuação fiscalizatória, como, por exemplo, mediante Comunicação de Irregularidade, Tomadas de Contas, Representação da Lei nº 8.666/93. Bem assim, a autoridade máxima do órgão ou entidade lesada poderia provocar a apuração de infração e a aplicação de sanções dessa lei mediante a apresentação de Denúncia ou Representação aos Tribunais de Contas.

Nesse sentido, *de lege ferenda*, propõe-se que sejam realizadas alterações nos regulamentos estaduais, a fim de compatibilizar as normas gerais da Lei Anticorrupção aos seguintes preceitos.

Competência. O processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica será instaurado perante o respectivo Tribunal de Contas mediante provocação própria ou através de representação da autoridade máxima de cada órgão ou entidade lesada.

Procedimento. O processo administrativo de responsabilização destinado a apurar a prática de ato lesivo à Administração Pública seguirá o procedimento da modalidade em que for instaurada (Comunicação de Irregularidade, Denúncia, Representação da Lei nº 8.666/93, dentre outras) e poderá ser convertida em Tomada de Contas Extraordinária se for constatada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário.

Nesse propósito, merece destaque a proposta de Doris Coutinho, que, na busca de um sistema unificado de controle da administração, defende a necessidade de elaboração de uma “*Lei Geral de Processo de Contas*”, a fim de que sejam estabelecidas normas gerais e padronizadas para processos no âmbito dos tribunais de contas, distinguindo-os de outros tipos de processos (judicial, legislativo e administrativo), o que poderia contemplar as referidas disposições acerca da aplicabilidade da Lei Anticorrupção Empresarial.²³⁴

Não obstante, defende-se que, mesmo sem qualquer alteração legislativa, a partir de interpretação sistêmica e integrativa do Microssistema de Combate à Corrupção, em processos administrativos dos Tribunais de Contas que apuram *fraudes em licitações e contratos administrativos* a que se referem o art. 5º, IV, da Lei nº 12.846/13, como Representações da Lei nº 8.666/93, também possam ser aplicadas às pessoas jurídicas corruptoras as sanções previstas no art. 6º da mesma lei, notadamente (i) a multa, no valor de

²³⁴ COUTINHO, Doris T. P. C. de Miranda. Uniformização da legislação dos tribunais de contas. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 53, n. 212, p. 181-201, out./dez. 2016.

0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo; e (ii) a publicação extraordinária da decisão condenatória.

4.3. Instrumentos de Justiça Negocial nos Tribunais de Contas

4.3.1. Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção

4.3.1.1. Análise crítica da regulamentação vigente

A Lei nº 12.846/2013 previu um instituto de resolução consensual de atuação administrativa, denominado de acordo de leniência, com a finalidade de dotar o sistema de combate à corrupção com um mecanismo que permita combater métodos sofisticados de organização para a prática de ilícitos e, ao mesmo tempo, promover a célere obtenção de provas e o ressarcimento de recursos.

Esse mecanismo foi inspirado no programa de leniência norte-americano, voltado à repressão de ilícitos relativos a práticas anticoncorrenciais (como a formação de cartéis), tendo sido introduzido no direito pátrio pela Lei nº 10.149/00, que o incorporou na Lei nº 8.884/94, restritamente ao sistema de defesa da concorrência.

A razão de ser do acordo de leniência é simples: estimular a colaboração daqueles envolvidos na prática de atos ilícitos de forma a identificar outros infratores e evitar a reiteração das condutas ilícitas. Trata-se de importante instrumento de investigação, apto a dotar as autoridades de informações relevantes sobre atos ilícitos que não necessariamente seriam obtidas sem a celebração dos acordos.²³⁵

De acordo com Márcio de Aguiar Ribeiro, no bojo de um processo administrativo de responsabilização, o acordo de leniência pode ser definido como “o ato administrativo consensual por meio do qual a Administração Processante concede isenções ou atenuações de sanções administrativas imputáveis a determinado infrator em troca de uma efetiva colaboração processual, consistente na apresentação de informações relevantes e provas diretas relacionadas

²³⁵ MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **Acordo de Leniência e a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 168.

à prática de ilícitos administrativos, que permitem inferir, de forma substancial, a existência de elementos notórios de autoria e materialidade.”²³⁶

Para Thiago Marrara “a cooperação com o infrator que se dá por meio da leniência é a própria concretização da supremacia do interesse público. (...) A leniência desponta como um acordo administrativo que acompanha o processo acusatório e, em última instância, colabora com o exercício eficaz da pretensão punitiva estatal. E esse tipo de administração consensual pode conviver perfeitamente com a administração pública clássica. Aliás, frequentemente é o próprio modelo impositivo de administração que reforça as vias negociais.”²³⁷

Assim, pode-se dizer que os acordos de leniência consistem na “colaboração premiada da pessoa jurídica” e atuam como mecanismos de facilitação da coleta de provas com o fim de abreviar e economizar o tempo do processo (administrativo ou judicial), conferindo eficiência e efetividade à atuação estatal no combate aos atos de corrupção.

O acordo de leniência foi previsto no art. 16 (relativo às infrações de corrupção)²³⁸ e no art. 17 (relativo às infrações licitatórias)²³⁹ da Lei Anticorrupção. Portanto, poderá ser aplicado para os clássicos atos de corrupção (prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada – art. 5º, I), bem como aos ilícitos praticados em licitações e contratos administrativos (art. 5º, IV).

A primeira crítica se refere à competência para a celebração dos acordos, que, conforme o *caput* do art. 16, foi atribuída de modo amplo e plenipotenciário para toda “*autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública*”, equiparando-a à autoridade competente para instaurar e julgar o respectivo processo de responsabilização.

²³⁶ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 228.

²³⁷ MARRARA, Thiago. Leniência do Estado: Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. **Consultor jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorruptao-permite-inimigo-vire-colega>>

²³⁸ “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.”

²³⁹ “Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.”

Contudo, de acordo com Simão e Vianna, essa concepção não seria a mais adequada. Isso porque por meio do acordo de leniência tem-se a expectativa do alcance de benefícios extensíveis a outras esferas punitivas. Assim, o órgão competente para celebrar os acordos de leniência deve, antes de tudo, ter capacidade de articulação com outros órgãos do Estado envolvidos no combate à corrupção.²⁴⁰

Conforme visto, para o Poder Executivo Federal, o art. 16, §10, estabeleceu a competência exclusiva da CGU para a celebração desses acordos, o que acabou por gerar conflitos de atribuições entre a CGU e o TCU, na esfera de controle, e com o Ministério Público Federal, conforme adiante verificado.

Colmatando a lacuna da Lei nº 12.846/2013 quanto ao momento limite para a celebração da leniência, o Decreto nº 8.420/2015 fixou que a proposta para o acordo só pode ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no âmbito do processo de responsabilização.

Adiante, a Lei Anticorrupção estabeleceu em seu art. 16 os resultados esperados da colaboração efetiva com as investigações e o processo de responsabilização, resultante da leniência: (i) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e (ii) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Os requisitos para a celebração do acordo estão previstos no art. 16, §1º, que exige, de modo cumulativo, que: (i) a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (ii) a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (iii) a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. Para além disso, o art. 16, §4º, estabeleceu uma cláusula aberta que permite à Administração estipular (iv) outras condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

A exigência de que apenas a primeira pessoa jurídica a se manifestar tenha direito à leniência tem sofrido fortes críticas doutrinárias. De acordo com Ayres e Maeda, o legislador brasileiro tratou a leniência dos atos de corrupção da mesma forma estabelecida pela legislação

²⁴⁰ SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 102.

anticoncorrencial, esquecendo-se, contudo, que em diversos casos os atos de corrupção previstos na Lei nº 12.846/2013 pressupõem apenas uma empresa buscando vantagem sobre outras, sem envolver qualquer prática coletiva. Assim, não é correto se falar em recompensar uma pessoa jurídica e processar outra.²⁴¹

Também se critica a estrutura de estímulos da lei. De acordo com o art. 18, IV do Decreto nº 8.420/2015, o único estímulo para uma pessoa jurídica comunicar espontaneamente o cometimento de um ato de corrupção antes da instauração de um processo de responsabilização é o direito de subtrair o valor referente a 2% do faturamento bruto da empresa do resultado da soma dos fatores agravantes que compõem o cálculo da multa.

Ademais, no decorrer de um processo de responsabilização, a celebração de acordo de leniência tem como único efeito, na esfera judicial, a isenção da sanção de proibição de receber incentivos, subsídios, empréstimos, dentre outros, de órgãos, entidade ou instituições financeiras públicas.

Por sua vez, quanto aos reflexos do acordo de leniência do art. 17 nas normas de licitações e contratos, entende-se que houve um descuido de redação ao permitir-se o uso do acordo para todas as sanções previstas nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/93. Assim, por exemplo, Santos defendeu que, nas hipóteses de atraso e inexecução contratual dos arts. 86 e 87, é indiscutível a autossuficiência da Administração para aferir os ilícitos, não havendo sentido na celebração de acordos de leniência como meio de prova. Por isso, defende que “se alguma utilidade poderá existir a justificar a celebração desse acordo quanto às sanções administrativas da Lei nº 8.666/93, tal ocorrerá relativas às hipóteses dos incs. II e III do art. 88”.²⁴²

Finalmente, é de salientar que muitos autores propõem a necessidade de reforma do instituto do acordo de leniência no âmbito do direito sancionador, no sentido de assemelhá-lo mais ao acordo de leniência previsto pela legislação concorrencial e aplicado pelo CADE. Nesse sentido, por exemplo, Simão e Vianna propõem a reformulação da estrutura de incentivos da lei de modo a abarcar mais lenientes, mediante o estabelecimento de modalidades distintas de leniência, com diferentes benefícios, a saber: a leniência *full* (Estado não tem conhecimento

²⁴¹ AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015.

²⁴² SANTOS, José Anacleto Abduch et al. **Comentários à Lei 12.846: Lei Anticorrupção**. São Paulo: RT, 2015, p. 293-29.

prévio); leniência normal (Estado não reúne provas suficientes); leniência *plus* (Pessoa jurídica não se qualifica para a leniência mas presta informações sobre um novo ato lesivo desconhecido pelo Estado).²⁴³

4.3.1.2. *As regulamentações do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP*

A introdução do Acordo de Leniência no âmbito do Direito Administrativo Sancionador representa a adesão, ainda que tardia, desse ramo ao novo paradigma da *consensualidade* para a resolução de litígios.

Em superação ao conceito de indisponibilidade do interesse público, por meio desse instrumento negocial o interesse público é atendido por diminuir a litigiosidade judicial, por alcançar o mais rapidamente possível a recomposição do patrimônio público, por diminuir os custos do Judiciário com procedimentos judiciais longos e inefetivos e pela produção de informações e provas novas sobre crimes relacionados também a outras empresas, potencializando o ressarcimento ao erário público.

Apesar disso, é necessário imprimir maior segurança jurídica aos acordos, já que as empresas vivem a incerteza de que, mesmo celebrando acordo de leniência com um dos órgãos legitimados, possam ser acionadas pelo mesmo fato em outras esferas.

Com esse objetivo, o Conselho Nacional do Ministério Público tem tido uma atuação exemplar na produção de normas regulamentares que estabelecem as orientações e balizas para a promoção de Acordos de Leniência.

De início, merece destaque a Nota Técnica nº 1/2017 – 5ª CCR, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, que tratou das justificativas teóricas e normativas para a aplicação do instituto, ressaltando-se que o acordo de leniência é ferramenta com potencial para modificar o *status quo* de ineficiência estatal recorrente na matéria, que gera impunidade, desde que seu manejo ocorra sob uma visão de interesse público primário, comprometido com resultados, sob o prisma da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, sem olvidar jamais a observância das garantias de direitos

²⁴³ SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 226-227.

fundamentais, do devido processo legal e seus consectários, como é de rigor no Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, com caráter mais pragmático e operacional, a Orientação nº 07/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (5ª CCR) estabeleceu itens a serem observados na elaboração e assinatura de acordos de leniência, dos quais se destacam os seguintes.

As negociações, tratativas e formalização do acordo de leniência devem ser realizadas pelo membro do MPF detentor da atribuição para a propositura da ação de improbidade ou da ação civil pública prevista na Lei nº 12.846/2013. Na hipótese de haver interesse de pessoas naturais na celebração de acordo de colaboração premiada, o início das negociações do acordo de leniência deve se dar concomitante ou posteriormente à negociação do acordo de colaboração premiada, no âmbito criminal.

Após as conversas iniciais com a empresa sobre os fatos e provas a serem apresentados, e estabelecida a necessidade e oportunidade do acordo para as investigações, o início das negociações sobre as cláusulas do acordo deve ser precedido pela assinatura de “Termo de Confidencialidade”. O respectivo Procedimento Administrativo do Acordo de Leniência deverá ser mantido em sigilo durante toda a fase de negociação e, após a assinatura, até o momento fixado no acordo como próprio para o levantamento do sigilo.

As negociações deverão ser realizadas por mais de um membro do MPF, preferencialmente, de ambas as áreas de atuação (criminal e improbidade administrativa) e todas as reuniões deverão ser registradas nos autos do procedimento, com as informações sobre data, lugar, participantes e breve sumário dos assuntos tratados.

Caso as negociações sejam realizadas em conjunto com outros órgãos, tais como o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle; Advocacia-Geral da União; CADE; Tribunal de Contas da União, os acordos deverão ser lavrados em instrumentos independentes, a fim de viabilizar o encaminhamento aos respectivos órgãos de controle.

O acordo de leniência deverá conter cláusulas que tratem, pelo menos, dos seguintes pontos: 1. Base Jurídica; 2. Descrição das Partes; 3. Demonstração do Interesse Público; 4. Objeto do Acordo; 5. Obrigações da Colaboradora; 6. Compromissos do MPF; 7. Adesão e Compartilhamento de Provas; 8. Cooperação com Autoridades Estrangeiras; 9. Disposições sobre Alienação de Ativos; 10. Sigilo; 11. Renúncia ao Exercício da Garantia contra a

Autoincriminação e do Direito ao Silêncio; 12- Rescisão: Hipóteses e Consequências; 13. Previsão da Homologação pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão.

A multa e outras sanções, bem como o valor pago a título de antecipação de reparação de danos, serão estabelecidas com estrita observância do princípio da proporcionalidade, em razão do qual deve ser buscado o equilíbrio entre o proveito trazido à investigação e o benefício concedido à colaboradora. A multa poderá ser calculada com base nos critérios estabelecidos no art. 12 da Lei nº 8.429/92 e/ou no art. 6º e 16, § 2º da Lei nº 12.846/13 e arts. 17 a 20 do Decreto nº 8420/15.

Qualquer valor arrecadado por meio do acordo de leniência, qualquer que seja seu título, deve levar em consideração as regras de responsabilidade fiscal e não deve haver previsão de aplicação ou investimento nos órgãos da administração pública, evitando-se, assim, possível risco moral nas negociações. Porém, não será dada quitação por danos ou prejuízos, devendo o valor pago a esse título ser sempre considerado como uma antecipação de pagamentos.

Assinado o acordo, o procedimento administrativo no qual estiver juntado deverá ser encaminhado à 5ª CCR, para homologação, garantindo-se o necessário sigilo. Encerrada a deliberação e havendo a homologação do acordo, o extrato da deliberação da Câmara será publicado e divulgado, preservando-se, se for o caso, o sigilo do procedimento.

4.3.2. Aplicação de Acordo de Leniência pelos Tribunais de Contas

4.3.2.1. Conflito de atribuições entre CGU, TCU e Ministério Público

Tema que tem suscitado acalorado debate diz respeito ao conflito de competências surgido entre CGU, TCU e Ministério Público acerca da competência para a celebração do acordo de leniência.

Conforme lembra Márcio de Aguiar Ribeiro, a Lei Anticorrupção Empresarial foi originada de um projeto de lei do Executivo, redigido pela antiga CGU, que não incluiu os

Tribunais de Contas no processo de apuração de responsabilidade pelos atos de corrupção previstos e nem no tocante à participação e celebração de acordos de leniência.²⁴⁴

Ante a ausência de menção específica à atuação das Cortes de Contas, o Tribunal de Contas da União expediu a Instrução Normativa nº 74/2015, com o objetivo de organizar o processo de celebração do acordo de leniência. Por meio dela, tornou obrigatória a submissão prévia, ao TCU, dos acordos de leniência celebrados no âmbito da Administração Pública Federal pela Controladoria-Geral da União.

Os fundamentos para a intervenção do TCU na fiscalização dos acordos de leniência eram, em síntese, os seguintes: (i) em matéria de competência do TCU, o processo administrativo específico da reparação integral do dano a que se refere a Lei Anticorrupção é o processo de Tomada de Contas Especial (TCE); (ii) a instauração de TCE atrai a jurisdição do TCU; (iii) a celebração de acordo de leniência não exime a pessoa jurídica de reparar integralmente o dano (art. 16, §3º, da Lei Anticorrupção), nem afasta a competência constitucional do TCU de identificar danos, quantificar débitos e condenar responsáveis; (iv) logo, a celebração de acordos de leniência é ato administrativo sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas da União.

De acordo com o art. 1º da IN 74/2015, caberia ao Tribunal de Contas o dever de fiscalizar a celebração de acordos de leniência desde a manifestação da pessoa jurídica interessada, em um rito de cinco etapas, até a avaliação final dos resultados obtidos com a avença. Em cada uma das etapas, o Plenário do Tribunal emitiria pronunciamento conclusivo quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados.

A IN 74/2015, contudo, foi objeto de impugnação. No âmbito da Câmara dos Deputados, a instrução foi objeto do Projeto de Decreto Legislativo nº 5 de 2015, por meio do qual foi proposta a sustação de seus efeitos. Além disso, o Partido Popular Socialista - PPS ajuizou a Ação Direito de Inconstitucionalidade – ADI 5294 contra a normativa. A ação ainda não foi julgada, mas já conta com parecer da Procuradoria-Geral da República que refuta as alegações de inconstitucionalidade e defende a competência do TCU para apurar e quantificar danos causados ao erário, além da possibilidade de declarar a inidoneidade de licitante em caso de fraude à licitação.

²⁴⁴ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Por sua vez, o Ministério Público Federal e o Congresso Nacional ingressaram na discussão ao protocolar uma representação ao TCU pedindo a suspensão da competência da CGU para firmar acordos de leniência com as empreiteiras investigadas pela operação Lava Jato, e deixar que as negociações sejam feitas apenas no âmbito do Ministério Público Federal, no intuito de se evitar a validação de acordos por dados que já são de conhecimento do MPF, mas que ainda não são do conhecimento da Controladoria, assim evitando-se que as empresas sejam beneficiadas sem qualquer contrapartida.

Mais recentemente, em 20/01/2017, o TCU determinou que a CGU encaminhasse à Corte de Contas todas as informações sobre os acordos de leniência que vinham sendo conduzidas no âmbito da operação Lava Jato, o que levou a CGU a impetrar o Mandado de Segurança (MS) 34031 no Supremo Tribunal Federal, no qual defendeu a necessidade de manutenção do sigilo previsto no § 6º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013 até a celebração da leniência, quando então o acordo se torna público. Reconhecendo o argumento, o ministro relator suspendeu a determinação de encaminhamento do TCU.

Resta claro que o fracasso no diálogo levou a um conflito de atribuições entre órgãos de controle interno (CGU) e externo (TCU) e o Ministério Público Federal (MPF), e produziu um tensionamento entre suas relações, diferenças estas que, mais recentemente, passaram a ser trabalhadas, ainda que não inteiramente resolvidas. Como exemplo, o atual Ministério da Transparência decidiu por franquear o acesso aos acordos de leniência ao TCU.

Disto depreende-se que, em matéria de acordo de leniência, que visa a isenção de sanções em diferentes esferas punitivas em troca do reconhecimento da culpa, ressarcimento do dano e colaboração nas investigações, o único caminho viável é o da cooperação e articulação interinstitucional.

4.3.2.2. Acordos de Leniência celebrados pelos Tribunais de Contas

No contexto atual, os acordos de leniência da Lei Anticorrupção Empresarial padecem de insegurança jurídica decorrente da insuficiência de sua normatização e da falta de colaboração institucional dos órgãos de repressão de atos de corrupção.

Nesse sentido, é curioso notar que o acordo de leniência tem previsão única e exclusivamente para o processo de responsabilização administrativa, no art. 16 da Lei Anticorrupção. Assim, mesmo que uma pessoa jurídica celebre um acordo de leniência, em

tese, a mesma ainda poderia estar sujeita à responsabilização no processo judicial de aplicação das sanções da mesma lei, ou em outras instâncias sancionadoras.

A partir desta constatação, Modesto Carvalhosa passou a externar uma posição extremada, defendendo a atribuição de competência exclusiva à CGU para a celebração de acordos de leniência em todo o território nacional, de forma centralizada, abrangendo, portanto, os planos estadual e municipal, bem como as esferas do Legislativo e do Executivo.²⁴⁵

Porém, a solução que mais usualmente vem sendo utilizada, notadamente pelos Estados que regulamentaram a Lei Anticorrupção, é a atribuição da competência para celebrar acordos de leniência a órgãos correccionais próprios, suficientemente autônomos e independentes, notadamente às Controladorias Internas.²⁴⁶

Discorda-se, contudo, de que estas propostas sejam as melhores alternativas.

A inserção de instrumentos de consensualidade no direito sancionador implica a adoção de novas posturas interpretativas voltadas à harmonização entre dispositivos legais, para conferir racionalidade, coerência, razoabilidade e efetividade ao sistema jurídico como um todo. De fato, a interpretação do instrumento consensual da leniência no *microssistema normativo anticorrupção* deve voltar-se justamente a otimizar a efetividade estatal no combate à corrupção administrativa.

Neste propósito, relembre-se que a celebração de acordo de leniência tem como uma de suas principais finalidades obstar a atuação repressiva oficial desnecessária e desproporcional em troca do reconhecimento da responsabilidade, da contribuição com as investigações e da reparação, ainda que parcial, do dano.

Assim, se o acordo de leniência não se estender a outras esferas punitivas, notadamente aquelas integrantes do Microssistema de Combate à Corrupção, como a da improbidade administrativa, a das infrações dos Tribunais de Contas, dentre outras, esse instrumento dificilmente terá o interesse das empresas corruptoras e o potencial de cumprir seu papel de promover uma resposta estatal célere e eficiente na repressão de ilícitos.

²⁴⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 380.

²⁴⁶ PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.

Isso porque os dois principais elementos atrativos deste instituto são a possibilidade de isenção de sanções e a garantia de segurança jurídica quanto ao acordado, uma vez que a celebração do acordo importa em uma *confissão espontânea*.

Nesse sentido, faz-se necessário ampliar a aplicação do acordo de leniência às diferentes instâncias punitivas que compõem o Microsistema de Combate à Corrupção, a fim de garantir a eficácia de seus propósitos, bem como adotar um modelo de *cooperação institucional* que harmonize e racionalize a utilização conjunta e coordenada do acordo de leniência nas diferentes instâncias.

Conforme acima relatado, no âmbito federal, todavia, não foi possível atingir esse diálogo de cooperação institucional, haja vista que ainda não resolvido conflito de atribuições entre CGU, TCU e MPF. No âmbito estadual e municipal, contudo há uma alternativa.

Com fundamento nas mesmas razões que justificam a proposta de atribuição de competência concorrente aos Tribunais de Contas para a aplicação da Lei Anticorrupção no âmbito das esferas estaduais e municipais, a esse órgão também deve caber a aplicação centralizada dos consequentes acordos de leniência.

Esta proposta se reforça pela especial posição dos Tribunais de Contas na organização político-constitucional, que possui jurisdição simultânea sobre os Estados e Municípios, além de estatura constitucional para promover a articulação entre as autoridades das demais instâncias repressivas às quais os efeitos do acordo de leniência devem ser estendidos, sob pena de ineficácia.

Os Tribunais de Contas dos Estados possuem todas as características necessárias para atuar como órgão central na aplicação destes acordos. Como visto, são órgãos autônomos e independentes, com competências próprias, estrutura administrativa, quadro de pessoal próprio e *expertise* técnica na área de Direito Administrativo Sancionador.

Ademais, possuem poderes quase judiciais, garantias e processos administrativos estruturados em estrita conformidade com o devido processo legal, de modo que, a partir da celebração de acordos de leniência, podem uniformizar entendimentos e criar jurisprudência a respeito.

Outrossim, os Tribunais de Contas também já vêm admitindo e aplicando instrumentos negociais em sua prática. A propósito, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Paraná foi aprovada a Resolução nº 59/2017, que instituiu o Termo de Ajustamento de

Gestão (TAG), cujo objetivo é a regularização voluntária dos atos e procedimentos, de forma cumulativa ou alternativa, dos Poderes, órgãos e entidades públicas e privadas sujeitas ao seu controle.

Nos termos do art. 2º da Resolução nº 59/2017: “Considera-se Termo de Ajustamento de Gestão o instrumento de controle vocacionado à adequação e regularização voluntária de atos e procedimentos administrativos sujeitos à fiscalização do Tribunal, mediante a fixação de prazo razoável para que o responsável adote providências ao exato cumprimento da lei, dos princípios que regem a administração pública e das decisões não definitivas emanadas deste Tribunal.” Por outro lado, nos termos de seu art. 13, I, “não se admite a celebração de Termo de Ajustamento de Gestão quando: I - houver indícios de desvio de recursos públicos de que possa resultar a responsabilização individual do gestor”, dentre outras hipóteses.

Em suma, com base em uma interpretação sistemática, integrativa e finalística da legislação, propõe-se que, no âmbito estadual, sejam atribuídas competências concorrentes aos Tribunais de Contas para instauração de processos administrativos de responsabilização, bem como para a celebração e fiscalização de acordos de leniência, por se constituírem em órgãos autônomos e independentes, com competência e jurisdição sobre Estados e Municípios, estrutura administrativa, quadro de pessoal próprio e *expertise* técnica sobre Direito Administrativo Sancionador.

Finalmente, não se pode olvidar da necessidade de participação conjunta dos demais órgãos sancionadores com competência para celebrar acordos de leniência, como o Ministério Público e a CGU.

A propósito, Thiago Marrara propõe uma solução interessante, consistente na possibilidade de *celebração conjunta* de acordos de leniência. De acordo com o autor, em primeiro lugar, o acordo conjunto ganha utilidade nas situações em que o mesmo ato infracional lese duas ou mais entidade públicas de modo simultâneo. Em segundo lugar, a celebração conjunta pode ocorrer entre o ente estatal responsável pela aplicação das sanções administrativas por ato de corrupção com diferentes entidades com poder repressivo, como

aquelas responsáveis pela persecução penal ou persecução de infrações contra a ordem econômica.²⁴⁷

Assim, *de lege ferenda*, seria oportuno que o legislador inserisse normas específicas sobre o tema na Lei Anticorrupção e em outros diplomas. De modo bastante simplista, poderia o legislador autorizar as entidades competentes para o combate à corrupção a optar pela celebração de convênios no intuito de integrar suas ações repressivas, inclusive por meio da negociação e definição conjunta da leniência. Trata-se de instituir uma hipotética norma legal autorizativa da cooperação institucional em que o CADE e MTFC poderiam celebrar um acordo de leniência que servisse de modo simultâneo aos processos de responsabilização da anticorrupção e da defesa da ordem econômica.²⁴⁸

²⁴⁷ MARRARA, Thiago. Comentários ao Art.16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 210.

²⁴⁸ MARRARA, Thiago. Obra citada, p. 211.

CONCLUSÃO

1. O debate doutrinário acerca do modelo punitivo difuso brasileiro

No Brasil, o art. 37, §4º da CF/1988 enunciou um modelo punitivo difuso, baseado em uma forte independência entre as esferas civil, penal e administrativas, razão pela qual há uma profusão de instâncias e diplomas sancionatórios que prescrevem ilícitos e cominam sanções que são aplicáveis por diferentes esferas e instâncias, até mesmo em sobreposição, e que reclamam a incidência do Direito Administrativo Sancionador.

Contudo, não há no ordenamento jurídico brasileiro um regime jurídico único de Direito Administrativo Sancionador, na forma de uma Lei-Quadro como nas matrizes contraordenacionais, e nem todos os diplomas possuem a mesma finalidade, de modo que se torna necessário verificar, em cada legislação, o regime jurídico de suas competências e atividades sancionatórias.

Outra peculiaridade do modelo punitivo brasileiro é que o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de legislações que atribuem o exercício do poder sancionatório administrativo a entidades externas à Administração, na medida em que instituem diferentes regimes jurídicos de apuração e responsabilização, tanto pela via administrativa, quanto pela via judicial, que reclamam a incidência do Direito Administrativo Sancionador.

Os dois exemplos mais notórios de exercício do poder sancionatório administrativo por entidades alheias à Administração são o regime jurídico que atribui ao Poder Judiciário o poder de julgar atos de improbidade administrativa mediante processos judiciais; e o regime jurídico de controle, que atribui aos Tribunais de Contas, órgão constitucional independente vinculado estruturalmente ao Poder Legislativo, o poder de apurar e sancionar um enorme conjunto de ilícitos cometidos por autoridades administrativas no exercício de função administrativa.

Apesar disso, nos termos em que o tema tem sido trabalhado pela doutrina majoritária da Teoria da Infração e da Sanção Administrativa, nega-se o caráter “administrativo” a estas infrações e sanções, tão somente porque não seriam impostas por autoridade administrativa no exercício da *função administrativa* (como pelo Judiciário e pelos Tribunais de Contas), a despeito da necessária e inafastável incidência do Direito Administrativo.

Esse debate, contudo, nunca foi aprofundado, razão pela qual convivemos com um sistema jurídico em que se misturam e se sobrepõem delitos penais, contravenções penais, infrações puramente administrativas e infrações “*sui generis*”, como os atos de improbidade administrativa aplicados pelo Judiciário ou os atos de corrupção previstas na nova Lei Anticorrupção empresarial, que podem ser aplicados tanto pela Administração quanto pelo Judiciário, ainda que estes últimos, por exemplo, denotem um claro exercício do poder sancionatório administrativo, no sentido em que reclamam a incidência do Direito Administrativo formal e material.

O foco das discussões doutrinárias acerca do Direito Administrativo Punitivo centrou-se - e produziu obras exemplares - em outros temas, como, por exemplo: a qualificação da natureza jurídica do ilícito administrativo e da sanção administrativa; a distinção das sanções administrativas das sanções penais e outros tipos de sanções; a elaboração da estrutura do tipo da infração administrativa; a determinação dos princípios constitucionais e de regras que compusessem sua base estrutural e o distinguissem do Direito Penal, dentre outros assuntos relacionados.

Nesse contexto, a presente tese busca resgatar a discussão justamente no ponto em que a doutrina nacional não foi capaz de convergir, que é justamente na construção de um sistema que seja capaz de unificar as clássicas teorias da infração e da sanção administrativa com a nova teoria do poder sancionatório administrativo fundado no Direito Administrativo Sancionador.

É necessário, portanto, revisitar as teorias da infração e sanção administrativas com um olhar sistêmico às supracitadas peculiaridades do modelo punitivo difuso brasileiro, e integrativo quanto às escolhas políticas-normativas introduzidas pelo legislador no ordenamento vigente.

2. *A distinção entre as esferas administrativa, judicial e controladora*

O primeiro passo a ser dado para a reconciliação entre a teoria do poder sancionatório administrativo e as teorias da infração e sanção administrativa é abandonar o critério formal que exige que sejam impostas pela Administração, materialmente considerada, no exercício da função administrativa.

Se a Administração Pública, no exercício de função administrativa, apurar e sancionar um ilícito, este será certamente um ilícito administrativo. Isso, porém, não retira a natureza jurídica de ilícito administrativo de condutas sancionadas pelo Judiciário, como os atos de improbidade administrativa, haja vista que decorrem do exercício do poder sancionatório administrativo e se submetem à incidência do Direito Administrativo formal e material.

Trata-se de uma suposta contradição que pode ser resolvida mediante a utilização da distinção conceitual entre a titularidade do poder sancionatório administrativo e o seu exercício. Conforme preconizado pelo grande doutrinador espanhol Alejandro Nieto, o titular do poder sancionatório administrativo é sempre a Administração, mas seu exercício pode ser atribuído ao Judiciário, o que, no modelo contraordenacional espanhol, em que o Judiciário não aplica originariamente contraordenações, ocorre pelo julgamento de recursos ou pelo sobrestamento de processo administrativo em virtude de equiparação com crime.

Assim, ainda que se divirja doutrinariamente quanto à possibilidade de titularidade originária para o exercício de poder sancionatório administrativo por entidade estranha à Administração, não se pode refutar que seu exercício poderá ser delegado a outras entidades, como ao Judiciário e aos Tribunais de Contas, ainda mais quando feito por Lei material, do que se depreende que a figura da autoridade administrativa não é elemento indissociável para o exercício do poder sancionatório administrativo.

Finalmente, é razoável ponderar que, ainda que o Judiciário e os Tribunais de Contas não exerçam função administrativa, em seu sentido clássico, ao promoverem o julgamento de ilícitos e imporem sanções, eles avaliam a retidão do exercício da função administrativa por uma autoridade administrativa, e o fazem mediante a aplicação do regime jurídico de Direito Administrativo (Sancionador), de modo que a questão acabaria por se resumir a um problema de nomenclatura.

Em suma, sustenta-se que no atual modelo punitivo difuso brasileiro:

- I. A figura da autoridade administrativa não representa elemento indissociável para o exercício do poder sancionatório administrativo, que pode ser atribuído a outras entidades, e que, em nosso sistema, foi atribuído mediante leis específicas ao Poder Judiciário e aos Tribunais de Contas;

- II. O Direito Administrativo Sancionador é o ramo do Direito Administrativo vinculado ao exercício do poder sancionatório administrativo, relativo à apuração de infrações e aplicação de sanções;
- III. O regime jurídico de Direito Administrativo Sancionatório se aplica tanto a processos administrativos quanto a processos judiciais, sempre que a apuração de um ilícito e a cominação de uma sanção reclamarem a incidência do Direito Administrativo formal e material.

Nessa ordem de ideias, fixada a premissa de que o regime jurídico de Direito Administrativo Sancionatório se aplica tanto a processos administrativos quanto a processos judiciais, é possível identificar e apartar a existência de três âmbitos que demandam a incidência do Direito Administrativo Sancionador, a saber: (i) a *esfera administrativa*; (ii) a *esfera judicial*; e (iii) a *esfera controladora*.

Em primeiro lugar, há claramente um âmbito de exercício de poder sancionatório “propriamente administrativo”, referente ao que a doutrina clássica define como infração e sanção administrativa como sendo aquela imposta pela Administração no exercício da *função administrativa*. Neste âmbito, estariam inseridas as (i) sanções administrativas por descumprimento de atos administrativos; (ii) as sanções administrativas por descumprimento de contratos; (iii) as sanções administrativas disciplinares; dentre outras.

Em segundo lugar, há um âmbito de exercício de poder sancionatório “ordenador”, que, na esteira da doutrina atual, englobaria, ao menos (i) as sanções decorrentes do tradicional exercício de poder de polícia; (ii) as sanções regulatórias setoriais; dentre outras; que são voltadas à organização da vida privada.

Repare-se que, nesses dois âmbitos, o exercício do poder sancionatório administrativo é exercício por autoridade administrativa no exercício de função administrativa, não havendo, portanto, na doutrina divergência quanto à sua legitimidade e autonomia, mas tão somente quanto à sua classificação e distinção.

Em terceiro lugar, e de modo inovador, propõe-se a autonomização de um âmbito de exercício de poder sancionatório da “proibidade administrativa”, que seria caracterizado pela delegação do exercício deste poder a entidades alheias à Administração, mediante processos administrativos ou judiciais, mediante a incidência do Direito Administrativo Sancionador.

É no âmbito de poder sancionatório da “probidade administrativa” que se enquadrariam (i) as sanções decorrentes do Direito Administrativo Sancionador “judicializado”, exercido através do Poder Judiciário mediante ações de improbidade administrativa e semelhantes; (ii) as decorrentes do Direito Administrativo Sancionador “de controle”, exercido pelos Tribunais de Contas mediante processo administrativo próprio.

Finalmente, corroborando que a classificação proposta se adequa às escolhas político-administrativas do legislador brasileiro, as recentes alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) utilizaram a nomenclatura “*esferas administrativa, controladora ou judicial*” (arts. 20 21, 24 e 27) para definir o âmbito de incidência das normas gerais de interpretação e aplicação do Direito Administrativo (Sancionador) previstas.

Trata-se do reconhecimento, pelo legislador, de que o poder sancionatório administrativo pode e vem sendo exercido não apenas no âmbito propriamente administrativo, mas também no âmbito judicial e na esfera de controle, notadamente pelos Tribunais de Contas.

3. *A legislação voltada à tutela da probidade administrativa e do patrimônio público*

Conforme visto, no ordenamento jurídico brasileiro há uma multiplicidade de diplomas que delegam o exercício do poder sancionatório administrativo a entidades alheias à Administração, mediante a atribuição de competência originária e exclusiva (que denominaremos adiante de competências externas) para apurarem ilícitos e aplicaram sanções com base no Direito Administrativo Sancionador, mas que não são consideradas e nem mesmo reconhecidas como integrantes de um microssistema ou minissistema comum.

Com vistas a superar esse estado das coisas, a presente tese propõe a concepção de um Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa a partir da adoção de um critério material, para considerar como integrantes desse microssistema os diplomas legais que tenham por objeto ilícitos administrativos voltados à *tutela da probidade administrativa e do patrimônio público*, com a incidência do Direito Administrativo Sancionador, seja por meio de processos administrativos ou processos judiciais.

De pronto, é possível identificar vários diplomas que prescrevem ilícitos e cominam sanções administrativas, a saber: a Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular); o Decreto-Lei nº

201/67 (Responsabilização político-administrativa de Prefeitos e Vereadores); a Lei Orgânica e Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8443/1992) e semelhantes; a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92); a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e Lei do Pregão (Lei nº 10.028/00); a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94); a Lei de Finanças Públicas (Lei nº 10.028/00); a Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010) e, recentemente, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), dentre outras.

Contudo, nem todos estes diplomas prescrevem ilícitos e cominam sanções com a mesma finalidade, de modo que se torna necessário verificar em cada legislação o regime jurídico, a finalidade e o rito de desempenho e aplicação de suas competências sancionatórias.

Ressalte-se que se, por um lado, a multiplicidade de instâncias sancionatórias assegura as respectivas autonomias institucionais e aumenta o poder fiscalizatório e punitivo, por outro, a sobreposição de competências causa insegurança jurídica e fragiliza direitos fundamentais, além de ser fonte de incontáveis antinomias e contradições.

É a partir da constatação que a presente tese empreende um esforço em favor da sistematização dos diferentes regimes jurídicos existentes nas *esferas administrativa (propriamente dita), controladora e judicial* voltados à *tutela específica da probidade administrativa e do patrimônio público* em torno de um *Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa*.

O problema da multiplicidade e sobreposição de instâncias pode ser enfrentado mediante a técnica do microsistema, que se define como um método de sistematização harmônica e orgânica de diversos diplomas legais que compartilham de uma principiologia própria, lógica autônoma, assunção de caráter de direito geral e afetação do direito codificado à função residual.

Esse método é amplamente utilizado em vários ramos do direito, como, por exemplo, o Microsistema de Defesa do Consumidor; o Microsistema dos Juizados Especiais; o Microsistema da Tutela Coletiva; o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), dentre outros.

O diferencial do microsistema consiste na criação de uma interdependência entre vários diplomas, de modo que as lacunas, omissões e contradições podem ser resolvidas por meio da interpretação e aplicação conjunta e recíproca de princípios, regras e procedimentos desses diplomas setoriais, em primazia sobre os regramentos dos Códigos.

Isso posto, a presente tese propõe a constituição de um microssistema específico da *tutela da probidade administrativa e do patrimônio público* com base no Direito Administrativo Sancionador, denominado de Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa, com o objetivo estabelecer padrões mínimos de organicidade e sistematicidade entre as legislações a partir de sua normatividade sistêmica.

4. O Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa

A denominação proposta, *Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa*, se justifica porque o critério material elencado para a identificação das legislações que compõem seu núcleo, a tutela da probidade administrativa e do patrimônio público, pode ser simplificado na atual e sucinta expressão de *corrupção administrativa*, sem a pretensão de inaugurar-se um conceito jurídico distinto e com significado próprio.

Analisando as legislações que compartilham dessa mesma natureza e finalidade, propõe-se que Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa seja composto, no âmbito do direito material e processual administrativo, pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), pela Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), e pelas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas; e, no âmbito processual judicial, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

Essas legislações compõem o núcleo duro ou o centro valorativo do microssistema proposto e estão inter-relacionadas, haja vista que, no âmbito material, compartilham de tipos infracionais voltados à tutela da probidade administrativa e do erário público, e, no âmbito processual, estabelecem processos sancionatórios que se sobrepõem indireta e até mesmo diretamente, por meio de remissão expressa de uma legislação à outra, ora possibilitando ou exigindo sua aplicação conjunta, ora excluindo.

Quanto à coincidência dos tipos infracionais, veja-se, por exemplo, que os atos lesivos ao patrimônio público previstos no art. 1º, §1º, da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) são exatamente os mesmos previstos na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), especialmente os atos de improbidade previstos em seu art. 11, que importam em violação aos princípios da Administração Pública.

Por sua vez, depreende-se que o art. 5º, da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), ao estabelecer que “constituem atos lesivos à administração pública, (...) aqueles

(...) que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública (...)”, também está tratando dos mesmos tipos de atos previstos nos arts. 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que versam, respectivamente, sobre o prejuízo ao erário e sobre a violação aos princípios da Administração Pública.

Ainda, o art. 5º, IV, alíneas “a” a “g”, da Lei nº 12.846/13, coíbe inúmeros atos de corrupção praticados no âmbito de licitações e contratos públicos, que vão desde “a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público” até “g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública”, cuja fonte é reconhecidamente a Lei de Licitações Públicas e Contratos (Lei nº 8.666/93), e trata do mesmo ato ímprobo inscrito no inc. VIII do art. 10 da Lei nº 8.429/92, que veda “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo (...) ou dispensá-los indevidamente”.

Além disso, há normas expressas de reenvio que estabelecem um imbricado entrelaçamento entre esses diplomas legislativos, seja no aspecto material, seja no processual, de modo que a integração e utilização conjunta dos diplomas legais para o combate da corrupção administrativa se trata de verdadeiro imperativo.

Assim, veja-se, que a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13) prevê expressamente em seu art. 21 que, “nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública)”, e que, de acordo com seu art. 30, o processo de responsabilização desta lei não prejudicará “os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública.”

Por sua vez, a Lei de Improbidade Administrativa prevê em seu art. 14, §3º que a representação à autoridade administrativa para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade “será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990”, ou seja, na forma do processo administrativo disciplinar do servidor público federal. No que tange ao processo judicial, seu art. 14, §3º prevê que “no caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular)”.

Além disso, as ações de improbidade administrativa são processadas pelo rito da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), o inquérito civil previsto em seu art. 8º é utilizado como procedimento administrativo preparatório à propositura de ação de improbidade, e o termo de ajustamento de conduta, celebrado com o objetivo de fazer cessar condutas lesivas e obter reparação de danos no âmbito extrajudicial, é previsto no §6º do art. 5º daquela lei, que, por sua vez, prevê a aplicação subsidiária ou supletiva do Código de Processo Civil em seu art. 19.

Portanto, por se tratar de um microssistema aberto, seus institutos e procedimentos podem irradiar sua aplicabilidade a outros diplomas legislativos que se conformem ao microssistema, ao passo que este pode até mesmo ser complementado por leis extravagantes que venham a integrá-lo. Como consequência, não há nenhum problema que uma mesma lei possa integrar diferentes “microssistemas”, uma vez que essa técnica de interpretação sistemática da legislação não invoca exclusividade ou primazia em detrimento de outros diplomas, ao contrário dos códigos monolíticos dos monossistemas oitocentistas.

Enfim, sustenta-se que mediante a constituição de Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa, os processos de Direito Administrativo Sancionador previstos na Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65); na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85); na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13); e nas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas; devem ser aplicados de forma harmônica e a sua coexistência equilibrada no sentido de se extrair sua máxima efetividade, a fim de que possam se auxiliar mutuamente, integrando lacunas e suprimindo antinomias, bem como estender o uso de seus mecanismos e institutos entre si.

5. O regime jurídico do Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa

O Microssistema de Combate à Corrupção é composto tanto por processos sancionatórios judiciais (como a ação civil pública por ato de improbidade administrativa), quanto por processos sancionatórios administrativos (como o processo de responsabilização – PAR, o processo disciplinar, etc.), em que coexistem as modalidades de responsabilidade subjetiva e objetiva.

A Constituição Federal, inclusive, dispensou tratamento igualitário a ambos os tipos de processo, ao prescrever em seu art. 5º, inciso LV, a garantia de que “aos litigantes, em

processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Há uma identidade substancial das penas que dá suporte à doutrina da unidade do poder punitivo (*ius puniendi*) do Estado, cuja principal consequência, de acordo com a doutrina, é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais.

Desse modo, haverá também a incidência de um conjunto comum de princípios constitucionais (núcleo constitucional comum de processualidade) a processos sancionatórios destinados à apuração e sancionamento de ilícitos administrativos, notadamente, dos seguintes:

- (viii) *Legalidade* (art. 5º, XXXIX, CF/88): não se admite a existência de crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
- (ix) *Irretroatividade da lei* (art. 5º, XL, CF/88): a lei sancionatória não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
- (x) *Juiz natural* (art. 5º, LIII, CF/88): no sentido de haver a clara definição da autoridade competente para a apuração de infrações a aplicação de ilícitos, vedada sua nomeação *ad hoc*;
- (xi) *Devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF/88): materializado pelos direitos e garantias dos jurisdicionados nos processos administrativos e judiciais sancionatórios;
- (xii) *Contraditório e ampla defesa* (art. 5º, LV, CF/88): é assegurado, a todo e qualquer litigante, em processo judicial ou administrativo, a ampla defesa e contraditório;
- (xiii) *Razoável duração do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF/88): que limita, com base na proporcionalidade, a duração dos processos sob dois vieses: primeiro, impedindo a instauração de apurações de infrações após longo decurso de tempo, em claro prejuízo ao contraditório e colheita de provas (prescrição da pretensão punitiva); segundo, pelo viés da celeridade que exige que processos instaurados cheguem a um fim em tempo razoável (prescrição intercorrente);
- (xiv) *Presunção de inocência* (art. 5º, LVII, CF/88): que estabelece a inviabilidade da antecipação da aplicação de sanções antes da definitividade da decisão, notadamente às sanções administrativas restritivas de direitos, o

que, contudo, vem sendo mitigado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e adiante é melhor abordado.

Bem assim, a doutrina nacional já propõe a aplicação de princípios e regras específicas do Direito Administrativo Sancionador, com conteúdo jurídico distinto daqueles de Direito Penal, aplicáveis aos diferentes regimes jurídicos punitivos, quais sejam:

- (vii) a *legalidade administrativa*, que exige a previsão do ilícito e da sanção em lei formal;
- (viii) a *tipicidade*, que exige a tipificação do ilícito e da sanção aplicável;
- (ix) a *irretroatividade da lei mais gravosa*, permitindo-se, ao revés, a retroatividade da lei mais benigna;
- (x) a *proporcionalidade*, do qual decorre o princípio do *non bis in idem*, vedando o sancionamento de um mesmo fato por sanções de mesma natureza ou a imposição de sanções permanentes ou desproporcionalmente gravosas;
- (xi) a *culpabilidade*, que demanda a comprovação do elemento subjetivo da conduta do acusado, qual seja, dolo ou culpa. A nova Lei Anticorrupção Empresarial, no entanto, mitigou essa regra ao estabelecer um novo marco de responsabilização objetiva às pessoas jurídicas;
- (xii) o *devido processo legal*, conformado pelas garantias de contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, publicidade, motivação, autoridade administrativa natural, duplo grau administrativo, presunção de inocência e prescrição.

Mais recentemente, a Lei nº 13.665/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42), introduziu novas disposições (arts. 20 a 29) com vistas à segurança jurídica e eficiência na aplicação do Direito Público nas “*esferas administrativa, controladora ou judicial*”.

No que tange às regras de interpretação estabelecidas, o art. 20 estabeleceu que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, sendo que, nos termos do art. 21, “a decisão (...) que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.” Na mesma linha, o art. 22 fixou que “na interpretação de normas sobre gestão

pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”.

Em complementação, os arts. 23 e 24 estabelecem que a decisão que impuser um novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição, de modo proporcional, equânime e eficiente, e que situações plenamente constituídas não poderão ser desconstituídas com base em mudança posterior de orientação geral.

No que tange à aplicação de sanções nas *esferas administrativa, controladora e judicial*, o art. 22, §2º fixou que deverão ser consideradas (i) a natureza e (ii) a gravidade da infração cometida, (iii) os danos que dela provierem para a administração pública, (iv) as circunstâncias agravantes ou atenuantes e (v) os antecedentes do agente. Bem assim, que as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Por sua vez, os arts. 26 e 27 trouxeram dispositivos favoráveis à celebração de acordos, mesmo no âmbito de processos de Direito Administrativo Sancionador, em substituição ao modelo punitivista clássico fincado na aplicação de sanções.

Nos termos do art. 26, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, *celebrar compromisso com os interessados*, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

O supracitado compromisso deverá atender aos seguintes requisitos: (i) buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (ii) não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (iii) deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Por sua vez, de acordo com o art. 27, §§1º e 2º, poderá ser firmado “*compromisso processual*” para o estabelecimento de compensações diversas entre as partes, inclusive de caráter pecuniário, abrindo espaço à negociação para prevenir ou regular o ressarcimento pelos benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

Atualmente, portanto, tem-se admitido a introdução de algum nível de negociação/contratualização no âmbito de competências administrativas tradicionalmente

autoritárias e unilaterais, em favor da substituição da aplicação de sanções por transações ou acordos, o que denota uma flexibilização da tese da indisponibilidade do interesse público em favor de métodos de resolução consensual de conflitos.

6. A expansão da justiça negocial em processos sancionatórios

A atuação administrativa consensual tem despontado como importante instrumento de simplificação e abreviação dos processos sancionatórios, proporcionando redução de procedimentos e custos (economicidade), rápida resolução de questões (celeridade), mediante o acordo de vontades entre jurisdicionado e a Administração, em contraposição à atuação imperativa e sancionadora do Poder Público.

Conforme visto, os arts. 26 e 27 da LINDB trouxeram dispositivos favoráveis à celebração de acordos, tanto em processos judiciais (inclusive de improbidade) quanto administrativos (nos inquéritos civis e disciplinares), uma vez que os órgãos de controle (como os Controles Internos, as Corregedorias, os Tribunais de Contas, o Ministério Público, as Agências Reguladoras, dentre outros) não deixam de ser “autoridades administrativas”.

No âmbito específico da tutela da probidade administrativa, verifica-se a existência de dois instrumentos negociais, quais sejam, o Termo de Ajustamento de Conduta do §6º do art. 5º da Lei 7.347/85, introduzido pela Lei nº 8.078/1990, e os novos Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção, introduzido pelos arts. 16 e 17 da Lei nº 12.846/13.

Contudo, a normatização inicial, assistemática e insipiente quanto aos regimes jurídicos desses acordos ainda suscita muitas dúvidas e traz grande insegurança jurídica, de modo que, todavia, há muitas lacunas a serem aclaradas e integradas, especialmente no que tange à sua aplicabilidade e seus efeitos no Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa.

Como exemplo notório, destaque-se que, enquanto as Leis nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) admitem, respectivamente, a celebração de termo de ajustamento de conduta e acordo de leniência, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade), no §1º de seu art. 17, proíbe taxativamente a celebração de qualquer transação ou acordo em seu âmbito.

Uma solução poderia advir da aplicação sistêmica e integrativa das Leis nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial), uma vez que

essas leis compartilham da mesma natureza e estão voltadas à finalidade comum de tutela da probidade administrativa e do patrimônio público, não havendo razão para impedir sua aplicação uniforme aos demais regimes jurídicos integrantes desse microssistema.

A partir destas premissas, sustenta-se que, mesmo em face da perda de eficácia dos dispositivos alterados pela MP 703/15 que excluía a vedação do §1º do art. 17, da Lei nº 8.429/92, é possível a utilização de instrumentos negociais no âmbito da improbidade administrativa, notadamente a celebração de termos de ajuste de conduta e acordos de leniência, com fundamento na aplicação sistêmica e integrativa dos dispositivos previstos nas Leis nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial), que integram o mesmo Microssistema de Combate à Corrupção Administrativa.

7. O novo papel dos Tribunais de Contas em âmbito estadual e municipal

Os Tribunais de Contas são *órgãos constitucionais autônomos e independentes* e possuem competências constitucionais exclusivas para julgar as contas de gestores públicos e demais atos que envolvam dispêndio de dinheiro, bens e valores públicos (art. 71, II, CF).

Também é um órgão que tem proeminência para apurar Denúncias e Representações formuladas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, sobre irregularidades ou ilegalidades (art. 74, §2º, CF), especialmente no âmbito de licitações e contratos administrativos (art. 113, Lei nº 8.666/93).

O § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93 faculta a qualquer licitante, contratado ou pessoa física/jurídica representar aos Tribunais de Contas e aos órgãos de Controle Interno contra irregularidades verificadas no âmbito de licitações e contratos administrativos.

Ademais, quando constatada a existência de dano ao erário, as Denúncias e Representações em questão podem ser convertidas em processos de Tomada de Contas Extraordinária.

Caso as contas sejam julgadas irregulares, havendo dano, o Tribunal de Contas condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente e com os acréscimos legais devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa proporcional ao dano causado ao erário. Ademais, o julgamento pela irregularidade das contas poderá acarretar a declaração de inidoneidade dos responsáveis, bem como a aplicação das demais sanções da competência do Tribunal de Contas.

É nesse âmbito que a atuação dos Tribunais de Contas se soma e se sobrepõe à atuação de outras instâncias de controle, haja vista que a apuração e sancionamento de ilícitos no tocante a licitações e contratos também é prevista no inc. IV do art. 5º da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), quanto a condutas de: “a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (...) d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”. Ademais, irregularidades praticadas em licitações também podem caracterizar ato ímprobo inscrito no inc. VIII do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativas (Lei nº 8.429/92), que veda “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo (...) ou dispensá-los indevidamente”.

Nesse contexto de forte paralelismo entre as competências, tipos infracionais, sanções previstas e processo de responsabilização, resta notória a pertinência da instância sancionatória dos Tribunais de Contas ao Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa, compondo o que se denominou de *esfera de controle*.

7.1. Primazia dos Tribunais de Contas para promover os processos de responsabilizações da Lei Anticorrupção

Estabelecidas estas premissas, é possível refletir acerca dos problemas sistêmicos advindos da falta de definição e clareza quanto à competência para a aplicação da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13).

A propósito, observe-se que a Lei nº 12.846/13, em seu art. 8º, criou uma competência ampla e plenipotenciária ao possibilitar que as “autoridades máximas de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário” possam instaurar e julgar processo administrativo de apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, sendo que a competência para a instauração também poderá ser delegada, porém vedada a subdelegação.

No âmbito do Poder Executivo Federal, a própria lei atribui à Controladoria-Geral da União a competência concorrente (porém prioritária) para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas, na medida em que poderá avocar os processos instaurados por outros órgãos e entidades.

Ocorre que a Lei Anticorrupção Empresarial é uma lei de caráter nacional de amplo espectro de incidência, haja vista que se aplica a todos os órgãos e entidades, de todos os Poderes, de todas as esferas federativas. Dessa forma, são milhares as “autoridades máximas”

verificadas na Federação brasileira que poderiam aplicar a lei, especialmente no âmbito dos Estados e Municípios.

Destaque-se que, no âmbito estadual e municipal, é problemática até mesmo a tentativa de replicar o modelo do Executivo federal, uma vez que as competências, estrutura técnica e de pessoal e atuação prática das Controladorias Internas são muito mais restritas.

É evidente que, assim como se passou com a Controladoria Geral da União, os seus órgãos análogos estaduais e municipais necessitariam de uma extensa reestruturação organizacional, de atribuições, de estrutura e de pessoal, o que pode, ao final, revelar-se alternativa excessivamente custosa, em prejuízo à eficiência da aplicação dos recursos públicos.

Ademais, ao menos nos âmbitos estaduais e municipais, é incomum a atribuição de competências sancionatórias sobre terceiros a órgãos do Controle Interno, no sentido de atribuir-lhes a possibilidade de imposição de multas a privados que se relacionem com a Administração Pública.

Assim, é necessário buscar uma solução que concilie a abissal diferença entre a capacidade administrativa e técnica do governo federal e a dos governos municipais e propicie maior segurança jurídica e efetividade à Lei Anticorrupção. Este debate, inclusive, se justifica pela necessidade de se atribuir maior sistematicidade, integridade e efetividade às diferentes instâncias de responsabilização inseridas no mesmo Microsistema de Combate à Corrupção Administrativa.

Se, por um lado, entende-se que a atribuição de competências às Controladorias Internas não seja a solução, por outro, considera-se essencial que a competência seja atribuída a um órgão central, com capacidade de interlocução institucional com outros órgãos. Na organização institucional brasileira, contudo, os Tribunais de Contas dos Estados já atuam com primazia e como órgão central na responsabilização de agentes (e pessoas jurídicas) pela prática de irregularidades, especialmente no âmbito de licitações e contratos administrativos.

Nesse sentido, a atribuição de competência aos Tribunais de Contas para aplicar a Lei Anticorrupção aos Estados e Municípios se justificaria por três razões básicas: (i) observância dos princípios e regras do Direito Administrativo Sancionador, notadamente do devido processo legal; (ii) atuação com *expertise* técnica em Direito Administrativo, notadamente no campo de licitações e contratos públicos, o que legitimaria e qualificaria suas decisões; (iii) solução ao problema das competências pluripotenciária, deixando a cargo dos

Tribunais de Contas dos Estados-membros a aplicação da lei nas esferas estadual e municipal (exceto naqueles em que houver Tribunais de Contas Municipais).

Em suma, a partir de um olhar sistêmico ao Microsistema de Combate à Corrupção, conclui-se que os Tribunais de Contas são o órgão central mais adequado à aplicação da Lei Anticorrupção Empresarial às esferas estaduais e municipais. Em verdade, é o único órgão que poderia exercer sua competência de modo concomitante aos Estados e aos Municípios sem infringir o princípio federativo, tendo em vista seu *status* constitucional diferenciado na organização político-administrativa brasileira.

Desta forma, o próprio Tribunal de Contas poderia suscitar a aplicação das infrações e sanções previstas na lei em processos decorrentes da sua própria atuação fiscalizatória, como, por exemplo, mediante Comunicação de Irregularidade, Tomadas de Contas, Representação da Lei nº 8.666/93. Bem assim, a autoridade máxima do órgão ou entidade lesada poderia provocar a apuração de infração e a aplicação de sanções dessa lei mediante a apresentação de Denúncia ou Representação aos Tribunais de Contas.

Para este fim, entende-se que, *de lege ferenda*, simples alterações legislativas nas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas e seus respectivos Regimentos Internos, que atribuam a competências para apuração dos atos de corrupção e aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13) seriam bastantes.

Competência. O processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica será instaurado perante o respectivo Tribunal de Contas mediante provocação própria ou através de representação da autoridade máxima de cada órgão ou entidade lesada.

Procedimento. O processo administrativo de responsabilização destinado a apurar a prática de ato lesivo à Administração Pública seguirá o procedimento da modalidade em que for instaurada (Comunicação de Irregularidade, Denúncia, Representação da Lei nº 8.666/93, dentre outras) e poderá ser convertida em Tomada de Contas Extraordinária se for constatada a

Não obstante, entende-se juridicamente viável que, mesmo sem qualquer alteração legislativa, a partir de interpretação sistêmica e integrativa do Microsistema de Combate à Corrupção, em processos administrativos dos Tribunais de Contas que apuram *fraudes em licitações e contratos administrativos* a que se referem o art. 5º, IV, da Lei nº 12.846/13, como Representações da Lei nº 8.666/93, também possam ser aplicadas às pessoas jurídicas corruptoras as sanções previstas no art. 6º da mesma lei, notadamente (i) a multa, no valor de

0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo; e (ii) a publicação extraordinária da decisão condenatória.

7.2. Possibilidade de celebração de Acordos de Leniência pelos Tribunais de Contas

A falta de definição de competências e da estruturação sistêmica para a celebração do novos Acordos de Leniência previstos nos arts. 16 e 17 da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13) também levou a um conflito de atribuições entre órgãos de Controle Interno (CGU) e Externo (TCU) e o Ministério Público Federal (MPF), situação que foi agravada pelo fracasso no diálogo institucional entre estes atores.

No contexto atual, portanto, os acordos de leniência previstos pela Lei Anticorrupção Empresarial padecem de forte insegurança jurídica, decorrente da insuficiência de sua normatização e da falta de colaboração institucional dos órgãos de repressão de atos de corrupção.

Apesar disso, em matéria de acordo de leniência, que visa a isenção de sanções em diferentes esferas punitivas em troca do reconhecimento da culpa, ressarcimento do dano e colaboração nas investigações, o único caminho viável é o da cooperação e articulação interinstitucional.

A inserção de instrumentos de consensualidade no direito sancionador implica a adoção de novas posturas interpretativas voltadas à harmonização entre dispositivos legais, para conferir racionalidade, coerência, razoabilidade e efetividade ao sistema jurídico como um todo. De fato, a interpretação do instrumento consensual da leniência no *microssistema normativo anticorrupção* deve voltar-se justamente a otimizar a efetividade estatal no combate à corrupção administrativa.

Neste propósito, relembre-se que a celebração de acordo de leniência tem como uma de suas principais finalidades obstar a atuação repressiva oficial desnecessária e desproporcional em troca do reconhecimento da responsabilidade, da contribuição com as investigações e da reparação, ainda que parcial, do dano.

Assim, se o acordo de leniência não se estender a outras esferas punitivas, notadamente aquelas integrantes do Microssistema de Combate à Corrupção, como a da

improbidade administrativa, a das infrações dos Tribunais de Contas, dentre outras, esse instrumento dificilmente terá o interesse das empresas corruptoras e o potencial de cumprir seu papel de promover uma resposta estatal célere e eficiente na repressão de ilícitos.

Isso porque os dois principais elementos atrativos deste instituto são a possibilidade de isenção de sanções e a garantia de segurança jurídica quanto ao acordado, uma vez que a celebração do acordo importa em uma *confissão espontânea*.

Portanto, faz-se necessário ampliar a aplicação do acordo de leniência às diferentes instâncias punitivas que compõem o Microssistema de Combate à Corrupção, a fim de garantir a eficácia de seus propósitos, bem como adotar um modelo de *cooperação institucional* que harmonize e racionalize a utilização conjunta e coordenada do acordo de leniência nas diferentes instâncias.

Neste contexto, com fundamento nas mesmas razões que justificam a proposta de atribuição de competência concorrente aos Tribunais de Contas para a aplicação da Lei Anticorrupção no âmbito das esferas estaduais e municipais, a esse órgão também deve caber a aplicação centralizada dos consequentes acordos de leniência.

Esta proposta se reforça pela especial posição dos Tribunais de Contas na organização político-constitucional, que possui jurisdição simultânea sobre os Estados e Municípios, além de estatura constitucional para promover a articulação entre as autoridades das demais instâncias repressivas às quais os efeitos do acordo de leniência devem ser estendidos, sob pena de ineficácia.

Os Tribunais de Contas dos Estados possuem todas as características necessárias para atuar como órgão central na aplicação destes acordos. Como visto, são órgãos autônomos e independentes, com competências próprias, estrutura administrativa, quadro de pessoal próprio e *expertise* técnica na área de Direito Administrativo Sancionador. Ademais, possuem poderes quase judiciais, garantias e processos administrativos estruturados em estrita conformidade com o devido processo legal, de modo que, a partir da celebração de acordos de leniência, podem uniformizar entendimentos e criar jurisprudência a respeito.

Em suma, com base em uma interpretação sistemática, integrativa e finalística da legislação, propõe-se que, no âmbito estadual, sejam atribuídas competências concorrentes aos Tribunais de Contas para instauração de processos administrativos de responsabilização, bem como para a celebração e fiscalização de acordos de leniência, por se constituírem em órgãos

autônomos e independentes, com competência e jurisdição sobre Estados e Municípios, estrutura administrativa, quadro de pessoal próprio e *expertise* técnica sobre Direito Administrativo Sancionador.

Finalmente, não se pode olvidar da necessidade de participação conjunta dos demais órgãos sancionadores com competência para celebrar acordos de leniência, como o Ministério Público e a CGU.

Portanto, *de lege ferenda*, seria oportuno que o legislador inserisse normas específicas acerca da cooperação institucional para celebração de acordos de leniência na Lei Anticorrupção. De modo bastante simples, poderia o legislador autorizar as entidades competentes ao combate à corrupção a optar pela celebração de convênios no intuito de integrar suas ações repressivas, inclusive por meio da negociação conjunta, possibilitando a celebração de um único acordo de leniência que servisse de modo simultâneo aos vários processos de responsabilização e definisse os critérios e obrigações da leniência.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ubiratan. Tribunais de Contas e as estratégias para reduzir o risco de corrupção. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v.35, nº 105, p.17-28, jul./set. 2005.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Reflexões acerca da representatividade adequada nas ações coletivas passivas. **Panorama atual das tutelas individual e coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ARAGÃO, Murillo de. **Democracia e instituições no Brasil**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278464,91041-Democracia+e+instituicoes+no+Brasil>>
- AYRES, Carlos Henrique da Silva; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Repro** 39-59.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. Lei Anticorrupção: Principais aspectos e primeiras impressões. In: BUSATO, Paulo César; COUTINHO, Aldacy Rachid (Org.). **Aspectos jurídicos do compliance**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BRANDÃO, Nuno. **Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material**. 1. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2016.
- BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001.

CANÁRIO, Pedro. **Mais três ações populares são ajuizadas contra o Carf**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-21/ex-procurador-ajuiza-tres-acoes-populares-decisoes-carf>>

CAPEZ, Fernando. **Limites constitucionais à Lei de Improbidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Érica Mendes de. Duplicidade de sanções ambientais e o princípio do *non bis in idem*. In: **Pensar**, Fortaleza, v.18, n.2, p. 431-469, mai./ago. 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. Os Órgãos Regionais de Controle e a luta contra a corrupção. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 2, n. 13, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=1479>>

CONJUR. **Juizes agilizam tramitação de processos penais no STF**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-set-07/juizes-instrutores-agilizam-tramitacao-processos-penais-stf>>

COUTINHO, Doris T. P. C. de Miranda. Uniformização da legislação dos tribunais de contas. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 53, n. 212, p. 181-201, out./dez. 2016.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

DADAM, Luiza Nunes. **Ação Popular**: Controle jurisdicional e razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DECOMAIN, Pedro Robert. **Tribunas de Contas do Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DIAS TOFFOLI, José Antônio. Improbidade Administrativa e seus Reflexos sobre a Elegibilidade do Cidadão. In: MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidade Administrativa**: Temas atuais e Controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Figueiredo. “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”. in: **XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa**: Colóquio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 31-46.

_____. **Para uma dogmática do direito penal secundário**: Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. RLJ, 116.º ano, 1983-1984, n.º 3714 e ss., pp. 263-267.

ERDELYI, Maria Fernanda. **Supremo arquiva ação de improbidade contra Gilmar Mendes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-mar-13/stf_arquiva_acao_improbidade_gilmar_mendes>

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. **Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 6, n. 64, p. 7371-7389, jun. 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; SCHOLZE, Victor. A solução consensual de conflitos na Administração Pública promovida pelo novo Código de Processo Civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4517, 13nov. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44481/a-solucao-consensual-de-conflitos-na-administracao-publica-promovida-pelo-novo-codigo-de-processo-civil>>

FERRAZ, Luciano. **LINDB autoriza TAC em ações de improbidade administrativa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-aco-es-improbidade-administrativa#_ftn4>

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Revision der Gundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliches Rechts**. 2. Vol., Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1799/1800.

FREIRE, André Luiz. **Apontamento sobre as funções estatais**. Revista de Direito Administrativo - RDA, nº 248, p.46.

FUX, Luiz. O novo microssistema legislativo das liminares contra o poder público. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha**: teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 431-452.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 5 ed., vol II, 1997.

GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. **Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts**. GA, 1904.

_____. **Das Verwaltungsstrafrecht**: Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902.

GONZÁLEZ, Jorge Agudo. La función administrativa de control: Bases para um sistema de Justicia Administrativa en el ordenamiento jurídico espanol. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo. **Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal: Actualidad Penal. Madrid, nº 43/22 de 1993. *in*: **Processo penal e direitos fundamentais**. Revista Del Rey jurídica, Ano, nº 16, 2006

HUERGO LORA, Alejandro. **Las Sanciones Administrativas**. 1 ed., Editorial Iustel: Madrid, 2007.

IBGE. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais**: Perfil dos Municípios - Gestão pública 2001. Rio de Janeiro, 2003. Disponível via internet em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2001/munic2001.pdf>>

IBRADEMP (Instituto Brasileiro de Direito Empresarial). **Comentários ao Projeto de Lei nº 6.826/2010**. Apresentado em Audiência Pública na Câmara dos Deputados em novembro de 2011. Disponível em: <http://www.ibrademp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=207&Itemid=505>

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. Ed., Milano: Giufreé, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAGES, Marcus Vinicius Paixão. Tribunal de Contas: órgão constitucional de soberania. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 4, n. 35, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4451>>.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

LORENA, Sergio. **Justiça do Amazonas suspende leilão do pré-sal**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/liminar-de-juiz-do-am-suspende-leilao-do-pre-sal.ghtml>>

LUCHETE, Felipe. **Brecha para negociar**: Lei volta a proibir acordo em ação de improbidade, mas deve ser flexibilizada. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-06/mesmo-proibicao-acordo-acao-improbidade-continuar>>

LUZ, Denise. **Direito Administrativo Sancionador Judicializado**: Improbidade Administrativa e Devido Processo Aproximações e Distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014.

MACHADO, Fernando. **Indisponibilidade do Interesse Público**: Reflexos do Novo CPC para a resolução consensual dos conflitos. Curitiba: Juruá, 2016.

MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **Acordo de Leniência e a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. **O artigo 28 da nova LINDB**: um regime jurídico para o administrador honesto. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>>

MARRARA, Thiago. Controle interno da Administração Pública: suas facetas e seus inimigos. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo. **Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas**. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. Leniência do Estado: Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. **Consultor jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorruptcao-permite-inimigo-vire-colega>>

MARTINS, Lícínio Lopes. A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (Coord.). **Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo**, v. II. 3. ed. Lisboa: A.A.F.D., 2016. p. 601-632.

MARTIS JR., Wallace Paiva. Comentários ao art. 21. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção Comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 264.

MATTES, Heinz. **Problemas de derecho penal administrativo**: história y derecho comparado. Madri: Edersa, 1979 (trad. de J. M. Rodríguez Devesa de *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiteng: Geschichte und Rechtsvergleichung*, 1977).

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do conflito da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), no que pertine à responsabilidade da pessoa jurídica privada: antinomia jurídica. In: **Revista Síntese**: Direito Administrativo, São Paulo, v. 10, n. 118, p. 33-50, out. 2015.

_____. **Lei nº 8.112/90, interpretada e comentada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MEDAUAR, Odete. **O controle da administração pública**. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1998. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. A improbidade administrativa pelo Supremo Tribunal Federal. p. 139. In: MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidade Administrativa**: Temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Revista de Derecho. Privado, 1935.

MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa**: interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**: inovações, alterações e supressões comentadas. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

_____; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade administrativa**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4 ed., Madrid: Tecnos, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo**: Lei nº 9.784/99 Comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

NOTÍCIAS STF. **Celso de Mello arquiva Ação Popular contra a indicação de Gilmar Mendes para STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58788>>

NOTÍCIAS STF. **STF mantém competência da primeira instância para julgar ação de improbidade administrativa contra agente político**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378073>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: RT, 1985. Republicado: OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

ORTOLAN, Marcelo. A responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção: normal penal ou administrativa? **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n. 14, p. 151-166, jan/jun 2016.

_____. Interdependência entre condutas vedadas a agentes públicos na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção Empresarial. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Abuso de poder e perda de mandato** (Tratado de Direito Eleitoral, v. 7). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____; GOMES ROCHA, Iggor; PIZZATO REIS, Felipe. Combate à Corrupção nas Licitações e Contratos Públicos: Questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010. In: GABARDO, Emerson; GONÇALVES, Guilherme. **Direito da Infraestrutura**: Temas de organização do Estado, Serviços Públicos e Intervenção Administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. 1. Ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos as Pesquisas Acadêmicas. **Sociedade Brasileira de Direito Público**. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMAJuliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>>

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Manual de Derecho Administrativo**. 5ª ed., Barcelona: Ariel, 1998, pp. 750-771.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. **Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos**. São Paulo: Atlas, 1991.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral**: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. A tutela antecipada e o microssistema de locações prediais urbanas. **Revista dialética de direito processual**, n. 62, p. 61-71, maio 2008.

SANTOS, José Anacleto Abduch et al. **Comentários à Lei 12.846**: Lei Anticorrupção. São Paulo: RT, 2015.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais**: Contas anuais, princípios e garantias constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMIDT, Eberhard. **Das Neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht**: Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1950.

_____. **Probleme des Wirtschaftsstrafrechts**. SJZ, 1948, cols. 225-236.

_____. **Schriftum zum neuen Ordnungswidrigkeitenrecht**. JZ, 1969.

SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. **O acordo de leniência na lei anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

STRECK, Lenio Luiz. **Judiciário quer nomear ministros**: sugiro para a Saúde um não fumante! Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-11/senso-incomum-judiciario-nomear-ministros-sugiro-saude-nao-fumante>>

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.665: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 39-41, abr./jun. 2018, p. 41.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013. **Revista dos Tribunais**, v. 947, ano 103, p. 281-292, set. 2014.

VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. O impacto interpretativo da Lei nº 13.655/2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa-fé para inovar na Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 161-186, jul./ set 2018.

VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Non bis in idem e as sanções administrativa, improbidade e penal. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, p. 2640, nov. 2013.

VERNALHA, Fernando. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, ano 2016, nº 71. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WOLF, Erik. Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, *in*: A. Hegler. **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**, vol. II, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930.

ZARDO, Francisco. **Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: RT, 2014.